Zeitschrift

für

deutsches Recht

und

deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

Dr. A. L. Reyscher,

Professor der Rechte in Tübingen,

und

Dr. W. E. Wilda,

Professor der Rechte in Halle.

Erster Band.

Leipzig, 1839.

Verlag von Otto Wigand.

Ueber den

Zweck dieser Zeitschrift.

Von

Reyscher.

Es giebt Bedürfnisse, die man erst kennen lernt, indem sie befriedigt werden, so daß es nun eigentlich überrascht, warum nicht früher etwas dafür geschehen ist. Das gegenwärtige Unternehmen ist nicht ganz in diesem Falle; denn, wenn schon es auffällt, daß das deutsche Recht fast allein unter allen Hauptzweigen der Wissenschaft einer Zeitschrift entbehrt, so ist doch das Bedürfniß eines gemeinsamen Organs, welches eigens mit dem Rechte deutschen Ursprungs sich beschäftigte, und das auch kleineren und darum nicht minder verdienstlichen Arbeiten Zugang verschaffte, längst von Allen anerkannt, welche entweder im Falle waren, sich in der deutschrechtlichen Literatur umzusehen und von dem Mangel an Einheit in ihren Bestrebungen zu überzeugen, oder welche selbst mit einer kleineren Abhandlung auftreten wollten, wofür nun erst ein Verleger zu suchen, oder doch zu besorgen war, daß sie in der Fluth von literarischen Einzelnheiten untergehen werde.

Schon im Jahr 1823 (in der Vorrede zur 1sten Ausgabe seiner Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts) hat deshalb Herr Geheimerath Mittermaier in Heidelberg den Entschluß angekündigt, eine Zeitschrift für deutsches Recht, insbesondere für ungedruckte Quellen desselben herauszugeben. Leider ist jedoch dieses Vorhaben nicht zur Ausführung gekommen, und auch die von dem Freiherrn von Dalwigk im Jahr 1825 begonnenen und nach dessen Tode von Falk fortgesetzten und erweiterten Eranien haben schon im Jahr 1828 mit dem dritten Hefte, wie es scheint, aus Mangel an Beiträgen, welche schon ihr Name voraussetzte (ἐράνια), ihr Ende erreicht. Seither sind in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, in dem Heidelberger civilistischen Archiv, in dem rheinischen Museum, in Alex. Müller's Archiv für die neueste Gesetzgebung, und mehr noch in den Zeitschriften für Particularrechte manche Aufsätze über deutsches Recht erschienen; allein schwer ist es, auch nur die Uebersicht über die also zerstreuten einzelnen Arbeiten zu gewinnen, geschweige die Journale von so verschiedener Richtung, welche sie enthalten, und zum Theil schon wieder zu erscheinen aufgehört haben, sich sämmtlich zu halten. Die von Scholz dem Dritten begonnene Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht berührt zwar einen praktisch sehr wichtigen Theil des deutschen Rechts, gewährt aber vermöge eben dieser besonderen Richtung in der Hauptsache keine Befriedigung.

Erscheint nun freilich das Schicksal des ersten und bis jetzt letzten Versuchs einer germanistischen Zeitschrift nicht eben ermuthigend für ein neues ähnliches Beginnen, so ist doch dieses dermaßen Bedürfniß, daß auf dessen Lösung aus jenem äußerlichen Grunde allein nicht verzichtet werden darf.

Das Zusammentreffen so mancher Freunde des deutschen Rechts bei der hundertjährigen Feier der Göttinger Hoch-

schule im September 1837 hat dem Verfasser dieses Veranlassung gegeben, den Plan einer zu gründenden Zeitschrift denselben vorzulegen, und es ward ihm nicht nur die Genugthuung zu Theil, bei allen seinen Collegen damit Anklang zu finden, sondern auch das Unternehmen selbst in Verbindung mit Herrn Professor Dr. Wilda in Halle wirklich zu gründen, welcher die Last der Herausgabe zur Hälfte übernommen, auch der Zeitschrift einen Verleger, und, was nicht minder wichtig ist, eine Anzahl hochgeschätzter Mitarbeiter aus dem nördlichen Deutschland zugeführt hat. Auch die verehrtesten Herren, vorzüglich im Süden des gemeinsamen Vaterlandes, mit welchen der Verfasser dieses in Verbindung getreten, haben ihm ihre thätige Theilnahme wohlwollend zugesagt, und so können die Herausgeber, welche ohne so allseitige Unterstützung wohl nicht den Muth gehabt hätten, ein derartiges Unternehmen auszuführen, an die Spitze desselben eine Reihe wohlbekannter, theurer Namen setzen, welche für ein gutes Gedeihen Bürge seyn werden.

Uebrigens würde die Redaction in einem schlechten Lichte erscheinen, wenn sie, auf den guten Klang einzelner Namen bauend, nicht auch ihrer Seits nach Kräften bemüht wäre, der Zeitschrift um ihrer selbst willen Achtung und Zutrauen zu erwerben, und sie glaubt in dieser Hinsicht klar und offen sowohl über die Zwecke, welche sie mit dem Unternehmen verbindet, als auch über die Mittel, welche sie zu deren Ausführung für dienlich erachtet, sich aussprechen zu müssen.

Zweck der Zeitschrift ist nicht blos, einen Vereinigungspunkt für Untersuchungen im Gebiete des einheimischen deutschen Rechts abzugeben, sondern auch zur Beförderung eines nationalen Rechtsstudiums und damit zur Begründung einer vaterländischen Rechtswissenschaft mitzuwirken. Die Auf-

gabe, zumal in letzterer Beziehung, ist groß: denn sie setzt nicht blos voraus, daß das Bedürfniß einer Zurückführung des gesammten Rechts auf eine einheimische, der Volkseigenthümlichkeit entsprechende Grundlage erkannt, sondern auch daß die Vorliebe für das fremde, bis jetzt vorzugsweise gepflegte Recht theilweise zum Opfer gebracht werde. Indessen hat ein verständiger Patriotismus bereits in anderen geistigen Richtungen (der Wissenschaft, der Kunst und des Gewerbfleißes) eine ihnen sonst anklebende Neigung zu dem Auswärtigen und selbst zu dem Klassischen des Alterthums, sofern sie auf Kosten der Nationalität Befriedigung suchte, theilweise überwunden; warum sollten wir nicht auch in Hinsicht auf die Rechtswissenschaft mehr und mehr daran denken, auf unsrem eigenen Grund und Boden Werkstätten anzulegen, und unsre Erzeugnisse ohne fremde Hülfe zuzubereiten. Zwar sind nicht Alle Freunde des deutschen Rechts, die es zu seyn vorgeben, und wohl mancher sogenannte Patriot trägt eine tüchtige Dosis Franzosenthum oder Römerthum in sich; allein die Zeit hat schon so manche seitwärts gehende Richtung in dem Ziele aller Gutgesinnten, dem Wohle des gemeinen Wesens, geeinigt, daß wir wohl nicht vergeblich hoffen, es werde diesem, wenn nur erst das Bedürfniß klar erkannt ist, noch manches einseitige Gut geopfert werden. Wie kann man aber Befestigung der deutschen Volkseinheit erwarten, wenn die Gemüther in Hauptrichtungen so sehr getrennt sind, und wie mögen diejenigen von einem deutschen Staate und einer deutschen Kirche träumen, welche im Herzen selbst den fremden Satzungen dermaßen ergeben sind, daß das Einheimische, welches man denselben entgegenzusetzen vermöchte, ihnen nicht der Mühe werth däucht, gekannt zu werden?!

Die Volkseigenthümlichkeit, welche wir als bestehend voraussetzen, und von Allen kräftig und lebendig erkannt

wünschen, setzt nicht eine Verachtung des Ausländischen, nicht eine Entfremdung der Völker oder ein Verkennen der Verdienste Anderer voraus. Wir können daher, ohne unserem Grundsatze Eintrag zu thun, nicht blos, was bereits einheimisch geworden ist vom fremden Rechte, forthin als das Unsrige betrachten, sondern wir werden auch wahrhafte Fortschritte, die wir auswärts gewahr werden, ferner uns geistig anzueignen suchen. Aber wie kann man das fremde Erzeugniß höher achten als das eigene, wenn man dieses nicht kennt, wie die schriftstellerischen und gesetzgeberischen Leistungen einer längst verschwundenen Zeit eines völlig anders gestalteten Volks fort und fort für das Unübertrefflichste halten, während Wissenschaft und Gesetzgebung offenbar jetzt viel weiter geschritten sind, und überhaupt keine Zeit, am wenigsten eine so bewegte, wie die seit Aufnahme des römischen Rechts verschwundene, bei Einem Stoffe stehen bleibt?

Kein Volk, selbst nicht das französische, welches doch an die römische Bildung schon frühe seine eigene anknüpfte, ist in Geringschätzung seines eigenen Wesens hinsichtlich des Wichtigsten, was einer Nation angehört, ihres Rechts, so weit gegangen, als die deutsche, welche demselben ihre öffentliche und mündliche Rechtspflege und so manches Andere, was den gesunden Sinn und die Mündigkeit des Volks aufrecht erhält, bis jetzt zum Opfer gebracht hat. Nachdem aber durch die neueren Einrichtungen in den deutschen Staaten das öffentliche Recht wieder dem Einzelnen im Volke näher gebracht ist, darf auch das Recht der Einzelnen, das Privatrecht, ihnen nicht länger fremd bleiben. Kurz, die Natur eines Gemeinwesens, das sich selber achtet, das Bedürfniß der Gegenwart und die Hoffnung auf eine gute Zukunft fordern gleichmäßig die Einbürgerung unseres Rechts, und, was die Wissenschaft dazu beitragen kann, soll in dieser Zeitschrift

freimüthig besprochen, und zugleich der That nach versucht werden.

Zur Erreichung dieses Endzwecks möchte etwa Folgendes dienen, worin die Herausgeber zugleich die nächste Aufgabe der Zeitschrift finden:

Erstens Aufsuchung der einheimischen Rechtsgrundlage, welche weiter geht, als die Lehr- und Handbücher des deutschen Rechts bis jetzt nachgewiesen haben, und vermöge des Standpunkts, worauf sie sich beschränkten, nachweisen konnten. Die Abweichungen von dem fremden Rechte sind weiter greifend, als die vom Leben abgeschiedene Wissenschaft vermuthet hat, und nicht blos zufälliger Natur, sondern sie beruhen auf einer juristischen Nothwendigkeit, hervorgehend aus eben jener einheimischen Rechtsgrundlage, welche theils schon von dem fremden Rechte bei seiner Aufnahme angetroffen, theils durch die seitherigen neuen Verhältnisse geschaffen worden. Die jetzige romanistische Schule hat in einem richtigen Gefühle den sogenannten usus modernus d. h. die Zusätze und Aenderungen des späteren Rechts von ihren Untersuchungen ausgeschlossen und auf Darstellung des reinen römischen Rechts bis zum Abschlusse der Justinianischen Gesetzgebung sich beschränkt; denn nur in dieser Art gesondert kann das römische Recht in einer Einheit erkannt und dargestellt werden. Dadurch fallen nun aber eben jene Abänderungen, welche der Gerichtsgebrauch und die Reichsgesetze am fremden Rechte getroffen haben, dem deutschen Rechte anheim, und es ist somit Aufgabe der einheimischen Rechtslehre, das Gemeinsame in unsrem Rechte, auch soweit es sich aus dem fremden herausgebildet hat, aufzufinden und darzustellen. Dieß führt zur

Zweiten Aufgabe, bestehend in wissenschaftlicher Begründung des heutigen Rechts in Deutschland

überhaupt. Nicht blos die einheimischen Rechtsverhältnisse bedürfen noch vielfach einer genaueren Begründung, sondern auch die sogenannten gemischten Institute, und selbst diejenigen Lehren, welche man bisher einzig und allein auf fremdes Recht zurückgeführt hat, wie z. B. die vom Besitz und Eigenthum, lassen sich von einem einheimischen, oder doch von einem dem fremden und einheimischen Rechte gemeinschaftlichen Standpunkte auffassen, wodurch sie als Bestandtheile unseres Volksrechts erscheinen. Man darf nicht fürchten, hierdurch Unvereinbares zu verbinden, denn, so sehr auch das historische römische und deutsche Recht in ihren Principien sich theilweise entgegen sind, in dem practischen Rechte sind diese Widersprüche ausgeglichen. Somit umfaßt die deutsche Rechtslehre das ganze System des geltenden Rechts in Deutschland, und eine sorgfältige Erhebung der ihm zu Grunde liegenden Sätze dürfte zunächst dazu beitragen, das allein noch im Privatrechte bestehende Schisma zwischen dem deutschen Rechte einheimischen und fremden Ursprungs aufzuheben, wenn schon ein methodischer Unterricht im römischen Rechte als solchem noch lange zu den Bedürfnissen des academischen Unterrichts gehören wird. Vorausgesetzt wird jedoch bei dieser umfassenderen Richtung des deutschrechtlichen Studiums

Drittens eine jedem zu bearbeitenden Stoffe angemessene pragmatische Methode, und auch hierzu soll die Zeitschrift mitwirken. Die geschichtliche Behandlung reicht nicht hin zur Erkenntniß des bestehenden Rechts; denn abgesehen von der Mangelhaftigkeit des historischen Materials, welche selbst einer befriedigenden Rechtsgeschichte vielfach im Wege steht, ist es nicht sowohl Bedürfniß der Rechtswissenschaft, das Bestehende im Verhältniß zur Vergangenheit, als vielmehr zur Gegenwart zu erklären; und nicht

allein solche Rechtsverhältnisse sind zu beurtheilen, welche eine Geschichte haben, sondern auch solche, welche jetzt erst aus dem Leben hervortreten. Wenn daher die Rechtsdogmatik nicht blos dahin zu trachten hat, diesen oder jenen Stoff zu entwickeln, allenfalls um eine gelehrte Liebhaberei damit zu befriedigen, sondern die verschiedenen Bestandtheile des positiven Rechts mit gleicher Gründlichkeit für eine lebendige, nationale Rechtswissenschaft zu benutzen, so darf sie nicht blos in einseitiger Richtung ihr Ziel verfolgen, sondern sie hat je nach dem Stoffe, welcher ihr vorliegt, bald den geschichtlichen, bald den exegetischen, bald den empirischen, bald endlich den rationellen Weg einzuschlagen, und sie begeht keinen Widerspruch, indem sie dieß thut, indem ja auch die Quellen verschieden sind, aus denen sie schöpft.

Im Einzelnen haben wir uns folgende Verhaltungsregeln auferlegt:

1) Die Zeitschrift soll sich weniger durch eine große Anzahl von Aufsätzen oder durch den Umfang der letzteren auszeichnen, als durch sorgfältige Auswahl und klare Kürze derselben. Namentlich werden Arbeiten über unmittelbar practische Gegenstände des gemeinen Rechts, insbesondere Rechtsfälle, ohne Eingehung auf unerhebliche Nebenumstände auf gewisse wichtige Rechtsfragen zurückgeführt (nach Art der Abhandlungen von Heise und Cropp) willkommen seyn. Doch sind auch geschichtliche Untersuchungen und particularrechtliche Forschungen, wofern sie für die Wissenschaft des gemeinen Rechts Ergebnisse liefern, nicht ausgeschlossen. Das Hauptgesetz der Redaction aber wird Wissenschaftlichkeit seyn, da mit seichter Popularisirung weder die Wissenschaft noch das Leben, wofür wir arbeiten, gewinnt.

2) werden sich die Herausgeber zur Pflicht machen, von neu aufgefundenen einheimischen Rechtsdenkmälern, so wie von neuen Gesetzen des deutschen Bundes und der Bundesstaaten Nachricht zu geben, und, so weit es der Raum gestattet, erheblichere Urkunden vollständig mitzutheilen. Auch wird

3) je am Jahresschlusse eine Uebersicht über die Fortschritte der deutschen juristischen Literatur gegeben werden, und sowohl in dieser Beziehung, als in Hinsicht auf den zweiten Punkt erlauben sich die Herausgeber, den verehrten Herren Mitarbeitern den Wunsch vorzulegen, sie auf wichtigere Erzeugnisse der Gesetzgebung und Literatur, in den sie zunächst umgebenden Kreisen gütigst aufmerksam machen zu wollen.

4) In allen diesen Beziehungen ist übrigens der Zeitschrift in sofern eine Gränze zu stecken, als solche eine vorzugsweise Richtung auf das Staats- und Privatrecht erhalten soll. Da nämlich für Kirchenrecht, Strafrecht und Proceß bereits hinreichend mit Zeitschriften gesorgt ist, so können Abhandlungen aus diesen Fächern nur in sofern Aufnahme finden, als sie für unsern Endzweck, Beförderung einer nationalen Rechtswissenschaft, unmittelbar Ersprießliches beitragen. Ebenso müssen wir auch Aufsätze über römisches Recht als solches geradezu ausschließen. Das Kirchen- Staatsrecht dagegen, und ebenso solche privatrechtliche Gegenstände, welche eine kirchliche Beziehung zulassen, glauben wir dagegen um so weniger als unserer Aufgabe fremd ansehen zu dürfen, da die neueste Zeit mancherlei Fragen dieser Art angeregt hat, welche mit der Frage über den Bestand eines deutschen Rechts in naher Berührung stehen, und von

dem parteilosen wissenschaftlichen Standpunkte am besten ihre Erledigung erhalten dürften.

5) Alljährlich beabsichtigen wir, in möglichst gleichen Zwischenräumen, vier an Umfang einander nahezu gleichkommende Hefte erscheinen zu lassen, welche zusammen etwa 50 Bogen groß Octavformat betragen. Zwar hängt in dieser Beziehung gar Vieles von den Umständen und von der Unterstützung unserer verehrten Mitarbeiter ab. Indessen nach der von den verschiedensten Seiten gezeigten günstigen Aufnahme des Unternehmens können wir an einem fröhlichen Gedeihen desselben nicht zweifeln.

Ueber

das Daseyn und die Natur des deutschen Rechts.

Von

Reyscher.

Der Streit über das Vorhandenseyn und die Beschaffenheit eines gemeinen Rechts in Deutschland hat bisher hauptsächlich nur auf dem Boden des s. g. deutschen Rechts d. h. des einheimischen deutschen Privatrechts Statt gefunden, hier aber seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts sich so gestellt, daß über das Bedürfniß einer Theorie der deutschen Rechts-Institute zur Ergänzung der mangelhaften Landesrechte kein Zweifel mehr ist. Damit scheint dann zugleich ausgesprochen, daß diese Theorie, wofern sie existire, nicht blos wissenschaftlichen, sondern auch practischen Werth habe, da ja gerade das Bedürfniß der Praxis, außer dem römischen Rechte noch eine gemeine Hülfsquelle zu haben, auf dieselbe geführt hat. Auch darüber, daß die Anwendbarkeit des deutschen Rechts nur eine bedingte (hypothetische), keine unbedingte (absolute) seyn könne, herrschen nicht eigentlich verschiedene Ansichten, indem niemand behauptet, daß die einzelnen Lehrsätze des deutschen Rechts geradezu (in thesi) und überall practisch seyen, sondern allenthalben ihre Anwendung von der Voraussetzung (hypothesis) abhängig gemacht wird, daß in demjenigen Lande, wofür die gemeine Regel gesucht wird, das betreffende Rechtsverhältniß (Institut) der bestimmten Gattung

nach zu Hause sey, und daß das Recht jenes Landes auch im Einzelnen keine entgegenstehende Regel ausgebildet habe.

Damit, daß eine gemeine Rechtslehre von gewisser Beschaffenheit als Bedürfniß gezeigt wird, ist nun aber die Existenz des gemeinen Rechts selbst nicht dargethan, und wenn diese Existenz jetzt auf das Vorhandenseyn eines gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts gegründet wird, welches auf geschichtlichem Wege gefunden werden soll, so entsteht vor Allem die Frage: läßt sich ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht von dem Umfange nachweisen, um daraus eine vollständige Rechtstheorie zusammenzusetzen? Allerdings ist die Volks-Gewohnheit Quelle des Rechts, oder, wenn man lieber will, Zeugniß für ein im Volke lebendes Recht; aber in Abrede muß ich stellen, nicht blos, daß der Beweis eines gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts für die einzelnen Lehrsätze, welche im deutschen Rechte vorgetragen werden, nach den angenommenen Regeln erbracht worden, sondern auch, daß blos mit geschichtlichen Hülfsmitteln dieser Beweis jemals vollständig zu erbringen sey. Reicht nun aber die geschichtliche Grundlage für sich allein nicht hin, um darauf ein befriedigendes System des deutschen Rechts, oder auch nur eine s. g. Einleitungs-Doctrin zu gründen, so muß man sich, wenn nicht überhaupt die Existenz eines gemeinen Rechts fortan aufgegeben werden soll, nach einer anderen Grundlage umsehen, welche entweder für sich allein oder doch in Verbindung mit etwas Anderem das Bedürfniß ausfüllt.

Wir glauben, daß die rationale Grundlage diesem Bedürfnisse entspreche, zwar nicht allein, aber in Verbindung mit der Empirie und Geschichte. Die geschichtliche Ansicht ist nämlich blos einseitig, nicht falsch; und wenn dieselbe die zu ihr gehegten Erwartungen bisher nicht befriedigt hat, so ist der Grund hievon nicht darin zu suchen, daß sie überhaupt verwerflich, sondern darin, daß die Anhänger derselben verschmäht haben, Subsidien, welche von den römischen Juristen, wie von den deutschen Practikern vielfach benutzt worden, offen zur Begründung allgemein anerkannter oder wissenschaftlich erweisbarer Sätze herbeizuziehen. In dieser Einseitigkeit aber ist es dahin gekommen, daß, wie Thibaut (civ. Archiv Bd. XIV. S. 148) sagt, eine „unjuristische Hölzernheit in Deutschland jetzt immer mehr einreißt, wenn

sie auch durch eine gewisse Gelehrsamkeit vertuscht wird", und daß die deutsche Rechtsgelehrsamkeit im Volke selbst weit weniger Achtung genießt, als die minder gelehrte Jurisprudenz in Frankreich und England, deren Haupt-Aufgabe nicht in historischen Untersuchungen besteht, sondern in unmittelbar practischer Auffassung des Lebens selbst und seiner Bedürfnisse.

Begreift man freilich unter gemeinem Recht blos diejenigen Sätze, welche durch die gesetzgebende Gewalt für ganz Deutschland geschaffen sind, so muß man auf jede weitere Quelle verzichten, allein dann haben wir überhaupt kein gemeines Recht, weder römischen noch deutschen Ursprungs, sondern nur ein Aggregat von Bundes- und Landesgesetzen, womit selbst für Bundes- und Landesrecht nicht hinreichend gesorgt ist. Aber auch die Hinzuziehung des Gewohnheitsrechts und Gerichtsgebrauchs genügt nicht, wie wir so eben bemerkt haben, und dieß erklärt sich leicht; denn, hält es schon schwer, einen gemeinen Landesgebrauch darzuthun, um wie viel schwerer muß nicht der Beweis eines gemeinen deutschen Gebrauchs zu führen seyn, zumal seit wir keine deutschen Reichsgerichte mehr haben, deren Praxis für die Landgerichte normirend werden könnte?

Was hindert uns nun aber, zu dem Begriffe eines gemeinen Rechts (jus commune gentium) zurückzukehren, wie ihn die Römer gekannt und angewandt haben, wenn wir auch genöthigt seyn sollten, ihn anders zu füllen und concreter dadurch zu machen, daß wir die wenigen allgemeinen Satzungen, die wir noch haben, und die Resultate früherer gemeinsamer Rechtsbildung seinem allgemeineren Inhalte beifügen. Ich wenigstens sehe, wie kein anderes Mittel der Lebensrettung für ein wissenschaftliches deutsches Recht, so auch kein Hinderniß, es zu ergreifen, und, was über den historischen Begriff des gemeinen Rechts und die Natur des Rechts überhaupt im Folgenden ausgeführt werden wird, scheint mir diese Ansicht zu bestätigen, bei welcher allein die umfassendere Begründung eines gemeinen Rechts für Deutschland möglich ist.

Wichtig scheint mir nämlich die Frage von der Natur und dem letzten Grunde des gemeinen Rechts nicht blos für das deutsche Recht im engeren Sinne, sondern für das gemeine deutsche Recht überhaupt, mit Inbegriff des römischen; denn niemand

kann behaupten, daß alle Lehrsätze der Pandecten gemeinrechtlich in Deutschland seyen. Wo ist nun aber die Grenze des gemeinen Rechts auch in dieser Beziehung, und in wiefern läßt sich überhaupt von einem gemeinen Rechte in Deutschland reden?

Damit, daß wir dem römischen Rechte, wie dem s. g. deutschen Rechte nur subsidiäre Anwendbarkeit geben, ist diese Frage nicht gelöst, nicht einmal umgangen; denn auch die bedingt anwendbare Regel setzt einen Grund ihrer Verbindlichkeit voraus, die gemeinrechtliche Regel eine gemeinrechtliche Verbindlichkeit. Selbst die Frage über bedingte oder unbedingte Anwendbarkeit des gemeinen Rechts ist daher nicht geradezu zu bejahen oder zu verneinen, vielmehr zwischen einem formell und materiell gemeinen Rechte zu unterscheiden, indem ein Theil der gemeinen Rechtsquellen allerdings die Vermuthung der Anwendbarkeit für sich hat, während bei einem anderen, und zwar dem größeren Theile, dieß nicht der Fall ist. Diese Unterscheidung ist dann auch noch besonders wichtig für die Methode des deutschen Rechts, worüber immer noch großer Meinungs-Zwiespalt herrscht, eben weil von einer verschiedenen Ansicht über die Natur des gemeinen Rechts ausgegangen wird.

Indem ich im Folgenden eine genaue Prüfung des Daseyns und der Natur des deutschen Rechts unternehme, glaubte ich hiernach das ganze practische gemeine Recht (öffentliches wie Privatrecht, römisches und deutsches Recht) in's Auge fassen zu müssen, und es sollte dadurch zugleich einem künftigen Aufsatze über die wissenschaftliche Behandlung dieses Rechts vorgearbeitet werden, worin erst die Spitze der Arbeit und deren practische Richtung zu erkennen seyn dürfte. Das Thema der Arbeit stellt sich nun aber allerdings so, wie es oben bezeichnet worden; denn nicht blos die Natur, sondern auch das Daseyn eines gemeinen Rechts ist in Frage, da, je nachdem man die erstere bestimmt, auch das Letztere zu läugnen ist oder doch werthlos wird.

Das Daseyn eines formell (gesetzlich, authentisch) gemeinen Rechts von ähnlichem Umfange in Deutschland behaupten zu wollen, wie das oströmische Reich in den Justinianischen Rechtsbüchern eines hatte, Frankreich in den Napoleonischen Gesetzbü-

chern und deren späteren Ergänzungen noch jetzt eines besitzt, wird wohl Niemanden einfallen. Dazu gelangte das römische Volk nur, indem die städtische Gesetzgebung allmählig zu einer Reichsgesetzgebung sich erweiterte, einige neuere Staaten aber durch s. g. Codification. Auch das römische Recht ist trotz seiner verbreiteten Aufnahme nicht formell gemeines d. h. allgemeines Recht in Deutschland geworden, aus dem einfachen Grunde, weil es nicht durch die Gesetzgebung, sondern durch die Wissenschaft, mit andern Worten, nicht als Volks- sondern als Juristenrecht Eingang gefunden hat und daher die einheimischen Bildungsquellen des Rechts, wenn auch mit Hülfe einer einseitigen Doctrin theilweise beherrschen, doch nicht zerstören konnte.

Unter diesen einheimischen Quellen befanden sich ebensowohl allgemeine als besondere. Die letzteren waren vorherrschend schon zur Karolinger Zeit[1]); denn, wenn schon das fränkische Reich in einem einzelnen Volksstamme seinen Ursprung nahm, wie das römische in einer Stadt, so ist doch das fränkische Recht nicht zu einem Reichsrechte geworden, sondern fränkisches, römisches, allemannisches, baierisches, sächsisches Recht u. s. w. bestanden paritätisch neben einander, und nur die s. g. capitula generalia waren gemeinschaftlich, wozu aber die verschiedenen Volksstämme auf den Reichstagen mitwirkten. Ebenso verhielt es sich späterhin in dem abgesonderten deutschen Reiche. Auch hier war die Selbstgesetzgebung (Willkür) der einzelnen Landesgemeinden anerkannt[2]), und die äußerliche Getheiltheit der

---

1) Lex Ripuariorum tit. 31. (33) c. 3. et 4. „Sicut lex loci continet, ubi natus fuerit, sic respondeat." — Poëta Saxo lib. V. v. 543. et 544. (Pertz, Monum. Germ.; Scriptorum tom. I. p. 260.) „Omnium nationum, quae sub ejus dominatu erant, jura, quae scripta non erant, describere et literis mandare fecit." Vgl. Einhardi vita Caroli M. c. 29.

2) Kais. Urkunde über die Rechte der Landstände von 1231. (Pertz, Monum. Germ., Legum tom. II. p. 283.) „ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova jura facere possint, nisi meliorum et majorum terre consensus primitus habeatur." Alberici Monachi, Trium Fontium Chronicon (ed. Leibnitz. in tom. II. accessionum historic.) ad a. 1234. „Comes vero, vel alius nobilis judicium habens, si non judicaverit secundum provincia-

Rechtsbildung offenbarte sich mehr und mehr, je weiter das Reich selbst auseinander ging. Doch auch die vielen Glieder des deutschen Reichs vereinigten sich in einem Haupte, dessen sie sich erst entledigten, nachdem ihre Zahl wieder kleiner geworden war. Wie die früheren fränkischen, so mußten daher auch die deutschen Reichsgesetze das Daseyn eines formell gemeinen Rechts zum Bewußtseyn bringen, welches abwechselnd unter dem Namen: gemeines Recht, Reichsrecht, Kaiserrecht, deutsches Recht in den Urkunden und Rechtsbüchern des Mittelalters angerufen ward[3]), aber von dem römischen Rechte nicht blos durch seine Mangelhaftigkeit, sondern auch dadurch sich unterschied, daß es die besonderen gesetzlichen Bildungen neben sich, sogar als Regel, bestehen ließ.[4])

---

rum consuetudinem, Domino Regi, sicut dictum est, centum marcas argenti componet."

3) Zwei Kaiserurk. v. 19. und 21. Nov. 1298. (Württ. Gesetzsammlung Th. IV S. 3. und 4.) Reichsurtheil v. 1417. (Lünig, corp. feud. I. p. 179.) Kais. Urtheilsbrief von 1429. (Senkenberg, Sammlung von ungedr. Schriften, Frankf. 1751. Th. I. S. 15.) „Dazu getrauet er auch man solt kein Fürstenthumb tailen, wann das Kayserlich vnd geschrieben Recht verbotten, vnd sonderlich Kayser Carl unser lieber Herr und Vatter seliger Gedechtnuß, das in der gülden Pullen lauter gesetzt hätte" rc. Richtsteig Landrechtsbuch II. Cap. 8. weliches dann das kayser recht wil, das müssen all land leyden vnd müssen es halten, wann der Kayser ist vater des reichs."

4) Schwäbisches Landrecht Cap. 408. „Und ist eyn dorff, darin ein richter ist, was der seczt mit der merer menig des Dorf frommen. Das mag der minder tayl der Bauren nit wider reden. Das selb recht sol man auch haben in den steten." Vgl. sächs. Landrecht II, 55. III, 33. §. 2, 43. §. 4. und 5. Art. 79. Zobel'sche Ausg. des Sachsensp. v. 1535. Addit. de origine juris ad fr. 2. D. de vet. jur. enucl. „Das Recht ist dreyerlei. Gottes Recht ist das erste, Marcktrecht ist das ander, Landrecht ist das dritt." Der Grundsatz: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht" (Eisenhart's Sprichwörter S. 1.), galt niemals unbeschränkt. Sächs. Landr. III. 79. (Vgl. Grupen in Spangenberg's Beyträgen S. 55.) Reichshofraths-Ordnung Tit. 1. §. 15.

Hiedurch ist jedoch die Annahme eines materiell (innerlich) gemeinen Rechts von viel weiterem Umfange nicht ausgeschlossen. Da nämlich das Recht früher weniger als Product des Gesetzes (Eva, Eâ, Eh), denn als Inbegriff allgemeiner, durch Vernunft und Sitte gegebener, Wahrheiten gedacht wurde, so ergab sich daraus von selbst eine Uebereinstimmung desselben bei allen denjenigen, welche durch gleiche Sitte und Verfassung, gleiche Sprache und Abstammung zu einem Volke verbunden waren. Zwar fehlte es auch innerhalb der einzelnen Volksstämme und Länder nie ganz an Gesetzen, und es war den Richtern zur Pflicht gemacht: ut secundum scriptam legem juste judicent, non secundum arbitrium suum.[5]) Ebenso war vorgeschrieben: ubi lex erit, praecellere consuetudine(m) et nulla consuetudo superponatur legi[6]). Allein einmal war die Zahl von Gesetzen *überhaupt* nicht sehr groß[7]), und dann lag das Geschäft des Urtheilens nicht den vorsitzenden Richtern, von welchen allerdings zunächst Gesetzeskunde erwartet wurde[8]), sondern den Schöffen, beziehungsweise dem Volke selbst ob; und nur, wenn die Umstehenden sich eines Urtheils nicht getrauten, ward solches von rechtskundigen Schiedsrichtern (sagibarones, sapientes, judices), später von auswärtigen Schöffenstühlen gewiesen, ohne

---

5) Capit. Aquisgranense de ao. 802. cap. 26. (Pertz legum tom. I. p. 94.) Vgl. Capit. II. de ao. 823. c. 10. (Pertz l. c. p. 235.)

6) Cap. francicum de ao. 783. c. 10. bei Pertz l. c. p. 47.

7) Chron. Ursperg ad a. 1187. (wo vom 3ten Landfrieden Friedrichs I. die Rede ist): „quas literas Alamanni usque in praesens Friedebrief, i. e. literas pacis vocant nec aliis legibus utuntur, tamquam gens agrestis et indomita."

8) Capit. addenda de ao. 803. (?) c. 19. (Pertz l. c. p. 121.) „Ut comites et vicarii eorum legem sciant ut ante eos injuste neminem quis judicare possit, vel ipsam legem mutare." (Daß die Comites und Centenarii das Gesetz nicht zu kennen brauchten, läßt sich hienach nicht mit Grimm, Rechtsalterth. S. 782. behaupten.) Vgl. Capit. eccl. de ao. 789. c. 62. (Pertz l. c. p. 63.) „Primo judici diligenter discenda est lex a sapientibus populo composita, ne per ignorantiam a via veritatis erret." Capit. Aquisgranense de ao. 802. 802. cap. 25. (Pertz l. c. p. 94.) Annales Laureshamenses ad ann. 802. (Pertz script. I. p. 38. und 39.)

daß eine Aenderung des also gefundenen und bezeugten Rechts der Obrigkeit zugestanden wäre [9]). Ein methodisches Rechtsstudium darf nun natürlich bei diesen Urtheilern nicht vorausgesetzt werden, sondern nur bald da bald dort eine vertrautere Bekanntschaft mit einzelnen gesetzlichen Vorschriften und früheren Gerichts-Vorgängen, unterstützt allenfalls durch fragmentarische Aufzeichnungen früherer Schöffen, welche jeder neue schriftkundige Besitzer wieder mit seinen Erfahrungen vermehrte, bis sie zuletzt jene Gestalt von Rechtsbüchern annahmen, worin wir sie jetzt kennen.

Indessen auch diese Rechtsbücher, namentlich das sächsische und schwäbische Land- und Lehenrecht, so sehr sie den Character der Positivität und Stätigkeit für sich geltend machten, indem sie theils auf langes Herkommen [10]), theils auf unmittelbare kaiserliche Sanction [11]) sich beriefen, waren doch nur eine geringe

---

9) L. Salica ed Herold. tit. 57. c. 4. Capit. de ao. 813. cap. 10. (Pertz l. c. p. 188.) Sächs. Landr. II, 22. §. 2. III, 25. §. 1, 30. §. 2. Ueber die Sagibarones und Judices s. Maurer, Gesch. des altgerman. Gerichts-Verfahrens S. 20. J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 780—784. Savigny a. a. O. S. 261 — 265.

10) Gereimte Vorr. zum sächs. Lande. „Diz recht ne han ich selun nicht vnderdacht, iz haben von aldere an vnsich gebracht Vnse gute vor varen" ꝛc.

11) Merkwürdig ist, daß mehrere Handschriften des Schwabenspiegels eine Entstehung des letztern auf dem Hof zu Nürnberg anführen, welche sie theils in das Jahr 1288, theils (wohl durch einen Schreibfehler) in das Jahr 1208 setzen. Grupen in Spangenbergs Beiträgen zu den teutschen Rechten des M. A. Halle 1822. S. 84. Auch Verf. dieses ist im Besitze einer Handschrift des schwäb. Lehenrechts aus dem 15. Jahrhundert, an deren Schluß es heißt: „disse satzung vnd dis rechtt als hie uor geschryben ist geschach zur Nurenberg in dem gebotten Hoff an dem montag nach santt Martinstag des byschoffs do man zalt von gottes geburtt thusent in dem achtesten Jare (?), des ersten Jars vnsers riches." Wahrscheinlich gehören diese Handschriften einer Familie an, und die erwähnte Angabe hat wohl keinen andern Grund, als jene Erdichtung von einer Verleihung des sächsischen Lehenrechts durch K. Friedrich II. (Grupen a. a. O. S. 63.): daß nämlich vom Kai-

Nachhülfe für die Gerichte und allem Anscheine nach auch so wenig verbreitet, daß weit nicht die meisten Gerichte sich darnach richteten.[12]) Daher gewährt es gewiß ein richtiges Bild von dem Rechtszustande Deutschlands vor Verbreitung des römischen Rechts, wenn **Nauclerus (Chronicon tom. II. gen. 43. p. 332.)** als Zeitgenosse aus dem Ende des 15ten oder Anfang des 16ten Jahrhunderts berichtet:

> In communi — — justitia per totam Sueviam administratur ab illiteratis, laici enim imperatorum legibus non utuntur — — sententiam dicunt, non ut leges censent quarum nullam notitiam habent, sed prout ratio et consuetudo judiciorum dictat[13]).

Daß ungeachtet dieser äußerlichen Unbestimmtheit dennoch *ein in den Grundzügen übereinstimmendes Recht* in Deutschland gebildet und gepflegt wurde, dafür haben wir bereits oben einen Erklärungsgrund angegeben, welcher durch das Zeugniß Nauclers nur bestätigt wird. Wenn nämlich Vernunft (ratio) und

ser einzelne Satzungen oder Urtheile ausgingen, welche den Inhalt des Rechtsbuchs bestätigten oder erläuterten.

12) Wenn schon einer Seits die von St. Chr. Harpprecht speculi suevici non usus modernus (Kiel 1723) beigebrachten Beweise unmittelbar nur darthun, daß der Schwabenspiegel nach Aufnahme des römischen Rechts bald wieder vergessen gewesen, so hat doch anderer Seits Nic. Hier. Gundling in seiner Widerlegung des Harpprecht'schen Tractats (consilia et responsa Th. II. S. 39.) eben so wenig, als Senkenberg, Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauch des deutschen Rechts Cap. 1. §. 19 u. f. den allgemeinen Gebrauch des Rechtsbuchs, namentlich bei den niedern Gerichten, dargethan. Mehr unmittelbare Anwendung fand der Sachsenspiegel (Orloff, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 17.).

13) Urk. v. 1036 (nach Falke cit. bei Wigand, die Dienste S. 15): item litonum justicia, prout exigit utilitas et necessitas. Petrus de Andlo (aus der Zeit Friedrichs III.) De imp. Rom. Germ. Lib. II. c. 16. p. 130. „Quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur et in multitudine illiterata; quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt."

Sitte (consuetudo) die Quellen waren, woher die Schöffen ihre rechtlichen Entscheidungen nahmen, so mußten auch die Rechtsbücher, sofern sie vorzugsweise die Schöffensprüche zur Grundlage hatten, bei aller Verschiedenheit im Einzelnen doch in demselben Maaße unter sich übereinkommen, in welchem Sitte und Denkweise der verschiedenen Bestandtheile der Nation zusammentrafen. Freilich, wenn man annehmen könnte, das eine oder das andere Rechtsbuch, z. B. der Sachsenspiegel, habe Form und Inhalt für alle übrigen Rechtsbücher abgegeben, so läge ein, wenn auch unvollständiges Bild des gemeinen Rechts im Mittelalter sehr nahe; allein dieses läßt sich von keiner der einheimischen Rechtsaufzeichnungen nachweisen[14]), die ganze Verwandtschaft derselben, worauf bis jetzt das Daseyn eines gemeinen deutschen Rechts vorzugsweise gestützt worden, beschränkt sich vielmehr theils auf die materielle Rechtseinheit, welche von Anfang an da war, theils auf einzelne, freilich mitunter wörtliche, Nachahmungen, welche auch in den späteren gesetzlichen Land- und Stadtrechten wiederkehrten und abermals nur unter Voraussetzung jener inneren Einheit ohne Nachtheil Statt finden konnten.

Was übrigens dieser materiellen Verwandtschaft als äußerer Stützpunkt dienen mochte, war, abgesehen von der nicht sehr weit gehenden Wirksamkeit der Reichsgesetzgebung, die Richtergewalt des deutschen Kaisers. Nach dem Grundsatze: der König ist gemeiner Richter überall[15]), war der Kaiser nicht blos die Quelle aller Gerichtsbarkeit im Reiche, sondern er selbst konnte auch zum Richter gekieset werden über Eigen und Lehen und über jedwelchen Mannes Leib[16]); und, wohin er kam, war ihm das Gericht ledig[17]). Zwar vermochte der Kaiser so wenig wie ein anderer Richter nach einseitiger Willkür zu richten, sondern nur nach dem Recht, und zwar über die Personen des

---

14) S. über den Stand den Meinungen meine Rec. in Richter's krit. Zeitschr. für deutsche Rechtswiss. Bd. I.

15) Sächs. Landrecht III. 26. §. 1.

16) Sächs. Landr. I. 58. §. 2. III. 60. §. 2.

17) Das. III. 43. §. 4. und 5.

Reichs je nach des Mannes Recht (statuta personalia), über Eigen nach dem Rechte des Landes, wo das Gut gelegen (statuta realia); aber, wer den Zusammenhang der Rechtsbildung und Rechtspflege im Mittelalter berücksichtigt, kann nicht ungewiß seyn, daß bei den kaiserlichen Gerichten ebenso, wie bei den Land- Stadt- und Dorfgerichten aus den gefällten Urtheilen allmählig feste Rechtssätze sich bildeten, welche in der Eigenschaft eines gemeinen oder Kaiserrechts ebensowohl subsidiäre Wirksamkeit erlangten, wie die geschriebenen Reichsgesetze.

Ward also in einem einzelnen Falle kein besonderes Recht bezeugt, so entschied bei den Reichsgerichten, wie bei den Landesgerichten das gemeine Recht, hergeholt theils aus den Reichsgesetzen, welche jedoch nur in den seltensten Fällen eine Entscheidung abgaben, theils aus der gemeinen Gewohnheit, theils endlich aus eben jenem natürlichen Rechtsgefühle, welches neben den Gesetzen immer als Rechtsquelle anerkannt war[18]), und welchem auch die Gesetze nicht widersprechen sollten[19]).

Auch die Aufnahme der römischen Rechtsbücher und der bürgerlichen Bestimmungen des canonischen Rechts ward blos durch jene Ansicht vom Rechte möglich gemacht, wonach es, falls nicht die Entscheidung durch „Willkür" gebunden war, blos darauf ankam, das vernünftigste, billigste Urtheil zu finden, welches aber allenthalben hergeholt werden konnte. Oder wäre wohl jene Aufnahme gedenkbar gewesen, wenn schon die heutige Meinung sich geltend gemacht hätte, daß alle Verhältnisse, selbst die Privatverhältnisse, von oben geordnet werden müssen, oder wenn auch nur eine Ahnung von dem Bedürfnisse obgewaltet hätte,

---

18) Capit. II. de ao. 823. cap. 10. (Pertz legum I. p. 235.) „sicut lex et rectitudo continet."

19) Chlotarii II. Edictum ai. 614. princ. (Pertz I. p. 14.) „non dubium est, si quae in regno nostro bene acta, statuta atque decreta sunt, inviolabiliter — — studuimus custodire, et quae contra rationis ordinem acta vel ordinata sunt, ne inantea, quod advertat divinitas, contingant, disposuimus" etc. Reichsabschied v. 1442. §. 1. „zu gleichen billigen landtlöffigen Rechten."

den Richter bei Beurtheilung zweifelhafter Fragen von dem Buchstaben eigentlicher Gesetze abhängig zu machen? Gewiß nicht! Wohl aber sprach sich in jener Aufnahme wieder der Gedanke eines materiell gemeinen Rechtes aus, indem, ungeachtet des Mangels aller Authenticität, die römischen Rechtsbücher von den Gerichten beachtet wurden, und zwar darum beachtet wurden, weil sie das vernünftigste und billigste Recht nach dem Zeugnisse der Juristen bereits enthielten.

So kann also der Begriff eines gemeinen Rechts nicht erst Product der Wissenschaft seyn; vielmehr knüpfte sich die Wissenschaft des gemeinen Rechts an die bereits vorgelegene Ansicht, daß das Recht seinen letzten Grund in der gemeinen Vernunft und Billigkeit, seinen natürlichen Beschützer und Vollstrecker aber in dem christlichen Kaiser habe[20]). Außer dem inneren Werthe des römischen Rechts als eines geschriebenen Vernunftrechts wurde zwar von den Freunden desselben auch noch der äußere Grund für seine Verbindlichkeit geltend gemacht, daß es ein Erbstück der römischen Kaiser sey; allein mit dieser künstlichen Idee, welche übrigens abermals ein gemeines Recht voraussetzt, hätte sich das Volk nicht begnügt, wäre es nicht durch die bisherige Ansicht vom Rechte und so Manches, was damit zusammenhing, namentlich die Rechtsbelehrungen auswärtiger Gerichte, den Gebrauch von Rechtsbüchern daran gewöhnt gewesen, sich das Recht nicht blos aus eigentlichen Gesetzen, sondern auch aus drittem Munde weisen zu lassen.

Indessen zeigte nun eben der Gebrauch der römischen Rechtsbücher in den Gerichten, daß dasjenige, was man bisher für vernünftig und billig gehalten hatte, in vielen wesentlichen Beziehungen verschieden war von der ratio scripta des römischen Rechts; denn nicht blos die fremde Sprache und der Mangel an Einheit und Ordnung in den Justinianischen Rechtsbüchern, welche durch deutsche Bearbeitungen leicht hätten gehoben werden können, sondern auch der Inhalt derselben war es, welcher der

---

20) Kaiserr. Th. IV. Kap. 8. „Der mensche ist dez riches, vnn der keyser ist sin schirmer."

deutschen Volksansicht und den bisherigen Gewohnheiten vielfach widersprach[21]). Zwar tritt auch in dem römischen Rechte das rationelle Princip unter verschiedenen Bezeichnungen (aequitas, naturalis ratio, naturalis lex, jus naturale, jus gentium) deutlich hervor; die Rechtswissenschaft selbst, als eine ars boni et aequi, justi atque injusti scientia[22]) wird darauf zurückgeführt und behauptet, daß das jus civile aus dem jus naturale et gentium großentheils hervorgegangen[23]). Aber es wird auch anerkannt, daß das positive Recht keineswegs bei dem idealen Rechte stehen geblieben sey: „nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt"[24]). Selbst Widersprüche zwischen dem ursprünglichen und dem historischen Rechte werden gezeigt, und gerade das Beispiel, welches hierbei gewählt wird[25]), lehrt, welche verschiedene Beschränkungen ersteres unter äußerlich ähnlichen Einflüssen bei verschiedenen Völkern erleiden mag.

---

21) Beschwerden der bairischen Ritterschaft v. 1499. (Scheid, bibl. hist. Goetting. p. 281.) „Illi enim juris romani professores nostrum morem ignorant, nec etiam, si sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tribuere volunt." Vgl. Rudhart, Gesch. der Landstände in Baiern I. S. 153. f. Kais. Erläut. des Tübinger Vertrags v. J. 1520. (Württ. Ges. Slg. II. S. 63.) „Zum Zwelfften ist die Practic vnnd beswerd der gelerten, an den nidern gerichten allenthalben yngebrochen, Also das die armen leut, an irn alten breuchen löblichen herkommen vnnd gewohnheiten geirrt, vnnd zum offtermal durch vnnutz Appelationes vnnd rechtfertigungen in vill vnnöttich kosten vnd schaden gefürt werden" rc. Vgl. mein württemberg. Privatrecht I. §. 24—27. Ueber Klagen der Stadt Lübeck: Schreiben des Raths das. an das Reichs-Kammergericht von 1555. bei Dreyer, Einl. in die Lübeckischen Verordnungen S. 310. Uebereinstimmend mit allen diesen Klagen lautet auch schon der Entwurf zu einer kaiserlichen Reformation v. J. 1441. Art. 5. bei Goldast, Reichssatzungen Th. I. S. 166.

22) D. I. 1. fr. 1. 10. 11. Inst. I. 1. §. 1. und 3.

23) D. l. c. fr. 6. 9. XLI. 1. §. 1. Inst. I. 2. §. 1. und 2.

24) Inst. I. 2. §. 2. Vgl. D. L. 17. fr. 32.

25) Inst.. I. 2. §. 2.

Es wird nämlich davon ausgegangen, daß alle Menschen nach dem Naturrechte frei geboren seyen; aber Kriege seyen entstanden und in deren Folge Gefangenschaft und Sclaverei. Denselben Ausgangspunkt findet man auch bei Erklärung der Leibeigenschaft in deutschen Rechtsbüchern, z. B. sächs. Landrecht B. III. Art. 42. §. 3.

„An minen sinnen kan ik is nicht upgenemen na der warheit, dat ieman des anderen sole sin ok an hebbe wies nen orkünde."

Und §. 6. daselbst wird geschlossen:

„Na rechter warheit so heuet egenscap begin von gedrange vnde von vengnisse vnde von vnrechter walt, die man von aldere in vnrechte wonheit getogen heuet, vnde nv vore recht hebben wel" [25b]).

So wird also richtig als Folge von nahezu gleichen Ursachen die Unfreiheit bei den Deutschen, wie bei den Römern erklärt; aber, während sie bei diesen in völliger Knechtschaft bestand, nahm sie bei jenen das mildere Wesen der Leibeigenschaft an. Waren es auch nicht gerade Gesetze, so war es doch die nicht minder einflußreiche Macht der Sitte, wodurch diese und ähnliche Abweichungen eingeführt wurden, und wodurch das deutsche Recht gleich dem römischen ein eigenthümliches, noch jetzt erkennbares, Gepräge erhielt.

Sollten nun aber etwa zu Folge der Fortschritte des geschichtlichen Rechts Vernunft und Sitte (ratio et consuetudo) als Quellen des Rechts entbehrlich geworden seyn?

Erwägt man den Zustand des römischen Rechts zur Zeit Justinians, von welchem dieser selbst sagt: „ita esse confusum (legum tramitem), ut in infinitum extendatur, et nullius humanae naturae capacitate concludatur [26]), so möchte man allerdings vermuthen, daß vermöge des großen Umfangs des jus civile ein Zurückgreifen auf das jus gentium schon damals nicht

25b) Vgl. Schwäb. Landrecht Kap. 54. §. 36. K. 64. §. 3.

26) Praef. I. de conc. Digest. §. 1.

mehr erforderlich gewesen sey, indem nicht leicht ein Fall vorgekommen seyn möchte, wofür nicht entweder aus dem eigentlichen Volksrecht (jus civile) oder aus dem Aemterrecht (jus honorarium) oder aus dem Juristenrecht (responsa et opiniones prudentium) wenigstens eine analoge Entscheidung entnommen werden könne. Allein nichts desto weniger finden wir noch in den Justinianischen Rechtsbüchern, und zunächst in den Institutionen den Einfluß der naturalis ratio auf die Rechtsbildung so wie den practischen Werth des jus gentium anerkannt[27]). In der bekannten const. 8. C. III. 1. wird sogar das natürliche Rechts- und Billigkeitsgefühl über das strenge Recht gestellt:

> Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem[28]).

Kann dieß nun freilich nicht so viel heißen, daß das subjective Gefühl dem objectiven Gesetze vorzuziehen sey[29]); denn der Richter steht vor Allem nicht über, sondern unter dem Gesetze, d. h. er darf das Gesetz nicht als Nicht-Gesetz betrachten, so geht gleichwohl daraus hervor, was auch von den römischen Juristen vielfach anerkannt ist, daß nicht blos bei Auslegung der Gesetze stets die Billigkeit zu beachten und insbesondere solchen gesetzlichen Bestimmungen, welche gegen die gemeine Rechtsansicht verstoßen, keine über ihren Buchstaben hinaus gehende Anwendung zu geben sey[30]), sondern daß auch zur Ergänzung des gesetzlichen Rechts eben diese gemeine Rechtsansicht beigezogen werden dürfe, wenn sie gleich auf keinen positiven Grün-

27) Inst. I. 2. §. 1.

28) Die verschiedenen Auslegungen s. bei Glück, Erläut. der Pand. Th. I. §. 26. E. A. Albrecht, die Stellung der römischen aequitas. Dresden und Leipzig 1834. S. 38.

29) Vgl. C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 13. Welker, Encyclopädie S. 630. Note 494.

30) D. I. 3. fr. 14—16. L. 17. fr. 56. 90. 141. 155. §. 2. fr. 200. Selbst die Gewohnheit kann in diesem Falle nichts ändern. D. I. 3. fr. 39. „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.“

den, sondern auf den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit (justitiae aequitatisque) beruhen.

Unser heutiger Rechtszustand bietet kein erfreulicheres Bild dar, als das von Justinian gezeichnete seiner Zeit, zumal da wir außer der römischen Rechtsmasse noch die germanische, und in dieser nicht blos die gemeinen, sondern auch die particulären Formationen zu berücksichtigen haben. Allein ungeachtet der fast unübersehbaren Menge historischen Materials, welche längst das Bedürfniß der Theilung der Arbeit herbeigeführt hat, und welche vollständig zu umfassen eine reine Unmöglichkeit ist, reichen doch die vorhandenen Gesetze nicht nur nicht in allen, sondern sogar nur in den seltensten Fällen zur Entscheidung aus, so daß man meist genöthigt ist, entweder mittelst der s. g. Analogie die Lücke der Gesetze auszufüllen d. h. von einer gegebenen Bestimmung auf eine nicht gegebene zu schließen, oder unmittelbar mit allgemeinen Rechts- und Billigkeitsgründen die Entscheidung zu begründen.

Schon das Bedürfniß treibt also dazu, außer dem geschriebenen Rechte auch ungeschriebene Normen und unter diesen nicht etwa blos erweisliche Gewohnheiten, sondern auch allgemeine Rechtswahrheiten zu statuiren, deren Anwendung auf die einzelnen Fälle zwar eine schwierige, darum aber um so würdigere Aufgabe des Richteramts ist. Auch haben viele ausgezeichnete Rechtslehrer bis auf die neuere Zeit das Daseyn solcher allgemeiner Principien und die Nützlichkeit, ja Nothwendigkeit einer darauf gebauten eigenen Theorie anerkannt[31]). Ebenso wird in den

---

31) Sehr stark drückt sich hierüber aus: Joh. Heumann, Exercit. juris univ. praec. Germanici. Altorf 1749. (de iuris Germ. studio utiliter persequendo) p. X. „Restat denique fons totius hominum generis communis; lex ista, quam ratio, divini Numinis interpres, mundi domina, promulgat omnibus. Tam luculenta, tam ampla, tam firma, tam aeterna illius esse jussa constat, ut truncum ac stipitem eum esse oporteat, qui vim eorumdem ac evidentiam non sentiat." P. J. A. Feuerbach, über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Landshut 1804. S. 49 ff. Vgl. E. A. Albrecht, die Stellung der röm. Aequitas S. 42 f.

vaterländischen Gesetzen auf jene allgemeine Quelle unter dem Namen natürliches Recht, Billigkeit, gute Sitten vielfach hingewiesen[32]).

Indessen ist in Folge neuerer Vorstellungen vom Staat und von der Unbeschränktheit der Staatsgewalt bei Vielen eine Ansicht vom Rechte entstanden, welche der bisher entwickelten wesentlich entgegen ist. Darnach wird das Recht von der gesetzgebenden Gewalt mit freier Willkür hervorgebracht, und es liegt nicht nur in der Aufgabe dieser Gewalt, alle Verhältnisse im Staate nach bester Ueberzeugung und ohne Rücksicht auf das Bisherige zu ordnen und zu bestimmen, sondern es erscheint auch nur dasjenige als Recht, was durch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung dieser Gewalt dazu erhoben ist. Diese Ansicht hatte vor nicht langer Zeit ein aufrichtiges Organ gefunden an Gönner[33]), der selbst für ihre Durchführung in Baiern,

---

32) Z. B. in der württ. Hofger. Ordnung v. 1587 u. 1654. Th. III. Tit. 24. §. 9. „Doch daß solche Statuta, Gewohnheiten vnd alt herkommen, nicht wider Göttliche oder natürliche Recht, gute Sitten, gemeinen Nutzen — — nit Vrsach geben ꝛc. (Württ. Gesetz-Slg. V. S. 533.) Oestreichisches bürgerl. Gesetzbuch §. 5. Auch von der Redaction des code civile wurde die loi naturelle als Ergänzungsquelle angenommen; und wenn Savigny (über den Beruf ꝛc. S. 76.) hierüber spottend bemerkt: „ich wünschte wohl gegenwärtig zu seyn, wenn ein französisches Gericht nach dem Naturrechte entscheidet, ob eine Ehe wegen unvollkommener Form der Trauung ungültig ist", so beweist er zuviel, da auch nach den römischen Rechtsbüchern diese Frage nicht entschieden werden kann. Uebrigens hat noch niemand behauptet, daß das Naturrecht es mit positiven Formen zu thun habe. Welchen Einfluß aber die „principes généraux" und darunter auch naturrechtliche Ansichten auf die französische jurisprudence äußern, davon ließen sich tausend Beispiele anführen (s. z. B. Gazette des tribunaux v. 24. Nov. 1828. le Droit, journ. des trib. 1831. nr. 36), und wir können um so eher annehmen, daß dieselbe nicht darunter leide, als v. Savigny selbst in der Vorrede zur 2. Ausg. der angef. Schrift S. VI. die Tüchtigkeit der practisch juristischen Literatur in Frankreich rühmt und anerkennt, daß sie derselben Literatur in Deutschland in gründlicher, scharfsinniger und geschmackvoller Behandlung der Rechtsfälle bei Weitem voranstehe.

33) Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums. Landshut 1808 u. f. besonders die Ankündigung; ferner Bd. 1. Nr. 1.

wiewohl nicht mit großem Erfolge thätig gewesen; und noch jetzt ist sie das Programm vieler für die Gesetzgebung wirkenden Staatsmänner und Ständemitglieder.

Savigny hat derselben, nachdem sie sonst die philosophische geheißen, den Beinamen der ungeschichtlichen gegeben und allerdings kommen die meisten Anhänger derselben darin überein, daß sie sich nach historischen Grundlagen, zumal im Gesetzgebungswesen, eben nicht ängstlich umsahen. Allein man würde diesen, zum Theil hochgestellten und hochachtbaren Männern Unrecht thun, wollte man ihr Bestreben blos von dieser negativen Seite prädiciren. Genauer betrachtet, treten nämlich in der sogenannten ungeschichtlichen Schule zwei positive Bestrebungen hervor: eine idealistische und eine mechanische. Jene hofft die durch die Wissenschaft zu Tag geförderten Ideen von Staat und Ordnung, die freilich häufig mehr einer subjectiven Gesetzgebungs-Politik, als dem absoluten Vernunftrechte angehören, mittelst der Gesetzgebung und einer ihr streng angepaßten Verwaltung zu verwirklichen. Diese will vor Allem Gleichmäßigkeit und Sicherheit der Rechtspflege und glaubt dieses Ziel durch möglichst detaillirte und durchgreifende Vorschriften und deren buchstäbliche Ausführung zu erreichen.

Daß die Wissenschaft des Rechts (jurisprudentia) bei der letzteren Ansicht Gefahr läuft, zu einer bloßen Gesetzeskunde (scientia legum) herabzusinken, ist klar; denn wenn nur diejenige Rechtsüberzeugung für wahr genommen wird, welche der Buchstabe der Gesetze zum Voraus festgestellt hat, so kann die practische Jurisprudenz keine weitere Aufgabe haben, als die Entzifferung jenes Buchstabens. Da nun aber ungeachtet alles Strebens nach Vervollständigung der Gesetze immer wieder neue Lücken in der Gesetzgebung sichtbar werden, deren Ergänzung man dem richterlichen Urtheile nicht überlassen will [34]), so ist die

---

13. u. 29. (wo die Einfühung des Code Napoleon den rheinischen Bundesstaaten vorgeschlagen wird) Bd. II. Nr. 13. Vgl. Gönner, über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. Erlangen 1815.

34) Daher auch die zuweilen vorkommende Bestimmung, daß in zweifelhaften Fällen eine authentische Auslegung eingeholt werden soll,

Zahl von Gesetzen forthin im Zunehmen begriffen, und zwar in einem solchen Grade, daß gar nicht abzusehen ist, wie es für das künftige Geschlecht auch nur möglich seyn wird, die gesetzlichen Vorschriften zu lesen, geschweige sie selbstständig sich anzueignen. Der Zweck jenes Bestrebens ist, Streitigkeiten vorzubeugen, oder doch deren Entscheidung zu erleichtern; allein die Erfahrung zeigt, daß mit den gesetzgeberischen Versuchen die Zahl der Processe bis jetzt nicht ab-, sondern zugenommen hat, und daß ungeachtet des großen Reichthums an geschriebenen Bestimmungen das Recht in den meisten Fällen dermaßen ungewiß ist, daß Richter und Parteien durch einen Vergleich die ungewisse Entscheidung zu umgehen bemüht sind. Vieles trägt freilich zu dieser Ungewißheit das fremde Recht bei, durch dessen Aufnahme auch zuerst das legislative Bedürfniß in höherem Grade geweckt wurde; allein schon die Natur der Sache bringt es mit sich, daß es unmöglich ist, ein lebendiges Recht in dem todten Buchstaben festzuhalten, oder die wechselnden Verhältnisse und Erscheinungen des Lebens mit allen Merkmalen vorherzusehen und zu fixiren [35]).

Was sodann die idealistische Tendenz betrifft, so sind wir, wie schon aus dem Bisherigen hervorgeht, weit entfernt, den sogenannten Ideen allen Einfluß auf die Wirklichkeit, insbesondere auf die Rechtsbildung absprechen zu wollen. Auch ist nicht zu verkennen, daß die vorherrschende rationalistische Richtung des vorigen und jetzigen Jahrhunderts manche verjährte Mißbräuche aufgedeckt und theilweise gehoben hat. Auf der andern Seite aber ist sehr zu bezweifeln, daß eine völlig neue Gestaltung des Rechts auf jenem Boden jemals gute Früchte tragen werde. Auch ist es Täuschung, wenn man glaubt, die Philosophie allein habe jene wohlthätigen Verbesserungen herbeigeführt, wodurch die gegenwärtige Generation im Verhältnisse zu den frü-

welche, wenn sie nicht durch innere Gründe gerechtfertigt, nichts anderes ist, als ein neues Gesetz, und daher keiner Zurückbeziehung fähig.

35) Julianus (D. I. 3. fr. 10.): „Neque Leges, neque Senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit ea, quae plerunque accidunt, comprehendere."

heren allerdings fortgeschritten ist. Auch die früheren Generationen sind, ohne Hülfe der Speculation, nicht stehen geblieben, und sollten sie hie und da rückwärts geschritten seyn, so würde sie die Theorie allein nicht davor bewahrt haben. Gesunder Menschenverstand und ein practischer durch das Leben selbst gebildeter und gestärkter Sinn haben unter gegebenen Verhältnissen immer mehr oder weniger das Rechte gefunden; am vernünftigsten aber ist wohl dasjenige Recht, welches den zeitigen Bedürfnissen und dem Bildungsgrade des betreffenden Volks entspricht. Gewiß sind daher diejenigen, welche das Volk künstlich zu einem idealen Zustande heranbilden, und deshalb unter ein ihm fremdartiges Gesetz beugen wollen, ebenso sehr im Irrthume, als diejenigen, welche die Realität gewisser Zustände läugnen, oder solche auf ein willkürliches Maaß zurückführen wollen [36]).

Um die Extreme, wozu der subjective Idealismus, zumal wenn er auf Verhältnisse des Staatslebens übertragen wird, nothwendig führen muß, wahrzunehmen, bedarf es nur eines Blicks auf die Geschichte, welche die Unstetigkeit und Haltlosigkeit aller apriorischen Neuerungsversuche darthut, und auf das Bedürfniß hinweist, dem Materiellen oder sinnlich Gegebenen gleich dem Ideellen oder Geistigen Antheil an der Gestaltung menschlicher Einrichtungen, mit andern Worten, dem Subject in dem Objecte, der Freiheit in der Nothwendigkeit ein vermittelndes Gegengewicht zu geben, ohne darum auf die individuelle Erkenntniß und Selbstgesetzgebung zu verzichten, deren Aufgabe es vielmehr ist, Sinnliches und Geistiges, sofern beide sind und sich wechselseitig bestimmen, anzuschauen und zu verwirklichen. Wäre die letztere Aufgabe von der neueren Philosophie nicht verläugnet worden, so hätte solche fruchtbringend und versöhnend auch für die Rechts- und Staatswissenschaften wirken können. Aber indem sie, die einseitige Subjectivität bekämpfend, den Einfluß der Dinge auf den Menschen und die Begränzung der Freiheit durch die Nothwendigkeit nachweisen wollte, war sie bereits zu einem andern äußersten Ende, nämlich dahin gelangt, die persönliche

---

36) Sehr richtig sagt Schmid, deutsches Staatsrecht §. 59., daß die Gesetzgebung, um ihren Zweck zu erreichen, das Resultat der geistigen Bildung des Volks seyn müsse.

Freiheit in einer allgemeinen Nothwendigkeit, bald „Schicksal", bald „absoluter Wille" genannt, und die subjective Erkenntnißfähigkeit in einer objectiven Vernunft oder Offenbarung untergehen zu lassen. Was ist und geschehen soll, ist und geschieht nach dieser Ansicht auch ohne unmittelbares Zuthun des Einzelnen vermöge jener höheren Macht, welche verborgen die menschlichen Zustände leitet und zur Reife bringt. Nur auf die Thätigkeit des Alls oder die Geschichte, nicht auf das Bewußtseyn und Wollen des Einzelnen soll also eine Wissenschaft gegründet seyn, welche die Gesetze des Menschengeschlechts zum Gegenstande ihrer Untersuchungen macht [37]).

In dieser Schelling'schen Grundansicht, welche in der Folge auch Hegel sich aneignete (nur mit dem Unterschied, daß er das rationalistische Element der Form nach beibehielt und der von Schelling angenommenen persönlichen Weltregierung Gottes eine pantheistische Selbstregierung des Universums unterstellte, womit er aber ebenfalls zur Annahme der Nothwendigkeit des Bestehenden, wenn auch unter dem Titel einer Vernunftnothwendigkeit gelangte [38])), ist bereits das Princip der geschichtlichen Schule ausgesprochen, als deren Gründer gleichwohl Savigny in sofern genannt werden kann, als er dieselbe auf die Sphäre des Rechts übertrug, und statt der ihr anklebenden theologischen Richtung, welche wieder auf die Idee eines göttlichen Rechts führen mußte, eine juristische, freilich, wie man sehen wird, sehr materialistische, Färbung beimischte.

Nach der Lehre der geschichtlichen Schule wird das Recht vom Volke selbst mit innerer Nothwendigkeit hervorgebracht, nicht durch Willkür, so daß es zufällig dieses oder jenes werden könnte, vielmehr unabhängig von Willkür, ein reines Gesetz der Natur. Nicht dieser oder jener Verein von Männern, welche jetzt eben im Staate leben, oder mit der Gesetzgebung beschäftigt sind,

---

37) Schelling, Vorlesungen über die Methode des academischen Studiums (gehalten im J. 1802), 2te unveränd. Ausg. Stuttg. u. Tüb. 1813. insbesondere S. 213 f. Vgl. F. J. Stahl, die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht. 1. Bd. Heidelb. 1830. S. 242 f.

38) G. W. F. Hegel, Naturrecht u. Staatswissenschaft oder Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin 1821.

schafft das lebendige Recht, sondern die ganze Gemeinschaft, welche vor, mit und nach ihm denselben Kreis bewohnt. Das positive Recht eines Volks ist daher durch die ganze Geschichte desselben gegeben, und in dessen innerstem Wesen von Anfang an mit eingeschlossen, und die Thätigkeit jedes Zeitalters sollte somit nur darauf gerichtet seyn, diesen mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten [39]).

Man sieht: indem die geschichtliche Ansicht von der Philosophie zu einer geschichtlichen Ansicht vom Rechte wurde, hat sie zwar ihren Grundzug beibehalten, wonach alles, was ist, also auch Staat und Ordnung, als etwas Nothwendiges, von der subjectiven Willkür Unabhängiges sich darstellt; aber es ist unklar, was unter jener Natur des Volks verstanden ist, welche das Recht mit innerer Nothwendigkeit, gleichsam organisch, erzeugen soll. Wenn nämlich das Recht weder auf freier Vernunftschöpfung beruht, wie nach Fichte, noch auf göttlicher Einsetzung, wie nach Schelling, noch endlich auf einer logischen Nothwendigkeit, wie nach Hegel, so ist nicht einzusehen, was für jene Naturnothwendigkeit des Rechts übrig bleiben soll, als etwa das Resultat der physischen Lebensbedingungen eines Volks, welches aber die Aufgabe des Rechts keineswegs erschöpft, und jedenfalls nicht der höheren oder geistigen Natur eines Volks, dem „höheren Volke", wie Savigny sich ausdrückt, angehört. Ueberhaupt ist es einseitig, wenn man glaubt, das Recht eines Volks entwickle sich nach eingepflanzten Gesetzen mit derselben Nothwendigkeit, wie aus einem bestimmten Samenkorn die darin verborgene Pflanze. Dieß würde voraussetzen, daß der Mensch kein durch Vernunft, sondern durch thierischen Instinct oder bloße Naturkraft geleitetes Wesen, daß der Staat keine freie, sondern eine aus unmittelbaren Naturgesetzen hervorgehende Gemeinschaft sey. Mit der Vernunft ist allerdings das Naturgesetz, welches man nicht verlassen kann, zugleich vorhanden; allein zur Natur-

39) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. I. Nr. 1. Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung 1ste Ausg. 1814. 2te Ausg. 1828. S. 8 f. Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 1r Bd. Vorrede S. X.

nothwendigkeit tritt bei der Rechtsgestaltung hinzu die Einsicht oder Vernunft, der gesunde Menschenverstand, und so ist das positive Recht nicht etwa ein durch sich selbst belebtes Naturwesen oder ein durch bloßen organischen Bildungstrieb abgesetzter materieller Körper (wenn schon man von einem Rechtskörper, corpus juris, bildlich spricht), sondern etwas Innerliches, Gedachtes, eine Gedanken-Menge, und zwar, wenn schon angeregt durch äußere Dinge und Umstände, doch im Wesentlichen das Ergebniß der Einsicht und Bildungsstufe des betreffenden Volks. Freier schaltet es nämlich im Reiche der Geister, welchem das Recht angehört, als im Gebiete der organischen Natur, welche der Geist seiner Herrschaft unterwirft. Aendert der Mensch ja auch durch künstliche Behandlung die Natur der Pflanzen und macht mit Willkür, daß ein früher unedler Baum edle Früchte trägt; warum sollte das Recht, das Wichtigste, was ein Volk als solches zeugen und bilden kann, Product einer blinden, unbewußten Schöpfung seyn? Zu all' dem steht die angenommene innere Nothwendigkeit des Rechts und der ihr entsprechende angeblich organische Bildungsproceß desselben so sehr im Widerspruch mit der Geschichte, der er gemäß seyn soll, daß es kaum nöthig seyn dürfte, die Erfahrung dagegen anzuführen. Oder sollte nicht gerade die Aufnahme des römischen Rechts, welche nicht durch das Volk im Ganzen, sondern durch die der humanistischen Schule angehörigen Juristen bewerkstelligt wurde, sollte ferner nicht die in neuerer Zeit noch erfolgte Einwanderung des französischen Rechts in einzelne deutsche Staaten, welches ungeachtet der von Savigny dagegen gemachten Einwürfe gleichwohl — man kann es wohl sagen — mehr Anklang im Volke gefunden hat, als das römische, einen bündigen Beweis dafür liefern, daß möglicherweise das Recht seiner eigenthümlichen Bildungsquelle im Volke theilweise entfremdet werden kann. Und wer weiß überhaupt nicht, daß selbst die willkürlichsten, unberufensten Neuerungen sich öfters eben so sehr wie die nützlichsten längere Zeit behaupten. Wer weiß ferner nicht, daß durch das wohlthätige Eingreifen einzelner vernünftiger Gesetzgeber manche materielle Verbesserungen im Rechte herbeigeführt und manches geschichtliche Unrecht gut gemacht worden, dessen Aufhebung eine lange Vergangenheit verweigert hatte. Auch der Gesetzgeber kann zwar bei

den besten Absichten von einem die Vergangenheit verläugnenden Eingreifen in die Rechtsbildung oder von dem Bemühen einer vollständigen Erschöpfung derselben keine befriedigende Wirkung für die Zukunft erwarten; und so wenig die Menschheit auf den Gesetzgeber zu warten hat, um nach dem, was jeder selbst schon in sich trägt, sich zu richten, ebensowenig ist der Einzelne befugt, seine subjective Ansicht der Menschheit oder einem Theile derselben als Gesetz aufzudringen. Darum ist aber das Recht und der Beruf zur Gesetzgebung zu keiner Zeit dem Staate abzusprechen. Die Idee der Gerechtigkeit, wie sie in der Vernunft, also innerlich, gegeben ist, muß vielmehr auch äußerlich, d. h. im Leben, Herrschaft zu gewinnen suchen, und zwar mittelst des jedem Einzelnen inwohnenden practischen Vermögens, das ihn zu Entschlüssen und Handlungen antreibt. Wie die vergangene Generation, so ist daher auch die gegenwärtige befugt, ihre Verhältnisse mit Freiheit zu bestimmen, und es dürfte diese Selbstbestimmung jedenfalls vorzuziehen seyn einem blinden Hingeben an den Zug des Schicksals.

Die Ansicht, daß es keine über dem äußeren, geschichtlichen Stoffe stehende Gesetzgebung und Rechtswissenschaft gebe, sondern bloße Empirie oder Geschichte, jener äußere Stoff also allein den Inhalt der Wissenschaft ausmache, ist demnach so irrig, als die entgegengesetzte, daß die Wissenschaft sich völlig von dem gegebenen Stoffe trennen und beliebig einen andern an seine Stelle setzen könne. Auch ist die geschichtliche Schule gerade, was ihren romanistischen Zweig betrifft, in Widerspruch mit sich selbst gekommen durch die Annahme, daß in den römischen Gesetzen und in den Schriften römischer Juristen die Rechtswissenschaft ihre volle oder doch vorzugsweise Befriedigung finden könne und solle [40].

---

40) Savigny, Ueber den Beruf rc. S. 117., verwahrt sich zwar gegen den Vorwurf einer ausschließenden Anpreisung des römischen Rechts, aber indem er gleichwohl S. 119 f. das römische Recht zum Mittelpunkte des Rechtsstudiums macht, und das historische Material hauptsächlich wieder unmittelbar im Pandecten-Rechte findet, ist nicht einzusehen, wie auf diesem Wege ein klares lebendiges Bewußtseyn bei uns entstehen soll. Wie vollends Andere jene historische Einseitigkeit ausgebreitet haben, liegt klar am Tage.

Schon das, was hier als allgemein wahr vorausgesetzt wird: daß bei irgend einem Volk und in irgend einem Zeitalter die wissenschaftliche Bildung ihre Vollendung erlangen könne, ist zu läugnen. Noch weniger möchte die davon gemachte Anwendung auf das römische Recht zu billigen seyn, zumal in Verbindung mit der geschichtlichen Ansicht; denn ein Recht ist nach dieser Ansicht nicht darum nothwendig, weil es geschriebenes Vernunftrecht, sondern weil es im Laufe der Zeit aus den Sitten und Culturverhältnissen der Nation hervorgegangen ist. Allerdings hat jede Wissenschaft ihre Glanzperiode, nach welcher sie wieder rückwärts zu gehen scheint; aber nicht, weil der Stoff ihr ausgeht, sondern weil äußere Umstände mannichfacher Art auf ihre Entwickelung fördernd oder hemmend einwirken. Von Bildungsperioden der Wissenschaft läßt sich daher nur relativ mit Rücksicht auf gewisse vorangegangene Zeitabschnitte reden, nicht aber, als ob in einer bestimmten Epoche, z. B. der klassischen römischen Juristen, die Erkenntniß sich nothwendig hätte erschöpfen müssen oder können.

Aber auch die andere, die ungeschichtliche, Ansicht ist, wie wir gesehen haben, unrichtig, weil einseitig. Statt nämlich in der Gesetzgebung, welche zur äußeren Bildung des Rechts in Zeiten des Fortschritts allerdings nothwendig ist, nur einen der Factoren der Rechtsbildung zu finden, sieht sie darin das Factotum derselben, und verkennt somit den wesentlichen Antheil, welchen die Natur der Menschen und Dinge und die Macht der Gewohnheit, unabhängig von der Gesetzgebung, an der Gestaltung des positiven Rechts nimmt. Das s. g. Natur- oder Vernunftrecht, sofern es von concreten Bedürfnissen, Sitten und Willensäußerungen absieht, vermag die entstehende Lücke allein so wenig auszufüllen, als die Analogie auswärtiger Gesetze, welchen als solchen eine verbindende Kraft nicht zukommt.

Ebensowenig möchte endlich eine neuere Ansicht genügen, wonach in den Meinungen der Rechtsgelehrten (communis doctorum opinio) das positive Recht sein Bestehen haben soll [41])

41) Maurenbrecher, Lehrb. des gemeinen Rechts, Vorr. S. I. Einl. §. 16 f. 97. Weiske, Einl. in das deutsche Privatrecht, 2te Ausg. §. 26 und 27.

Statt eines Volksrechts hätten wir hiernach ein bloßes Juristenrecht. So wenig zu läugnen ist, daß die Juristen uns die Quelle des erstern vielfach trüb gemacht haben, so können wir doch nicht zugeben, daß wir gar kein natürliches Recht mehr besitzen, sondern blos künstliches, mit andern Worten, daß alles unmittelbare Rechtsbewußtseyn und alle lebendige Rechtsentwickelung im Volke aufgehört, und dem gelehrten Wissen einzelner Eingeweihten Platz gemacht habe. Ließe es sich aber auch an sich als möglich denken, daß das Recht eines ganzen Volks in den bekanntlich sehr abweichenden Meinungen der Rechtslehrer und in den nicht minder divergirenden Aussprüchen der Gerichte aufgehen könne, so möchte dieß doch zuletzt von dem einheimisch deutschen Rechte anzunehmen seyn, welches wissenschaftlich gerade bei Weitem noch nicht erkannt ist. Wir können selbst nicht einmal zugeben, daß die Wissenschaft eigentliche Rechtsquelle sey, oder daß es zum Geschäfte der Juristen gehöre, den Inhalt des Rechts, wenn auch nur neben dem Volke und neben der Gesetzgebung, zu schaffen [42]). So wie wir in dem wissenschaftlichen Leben kein abgesondertes Daseyn, vielmehr nur eine höhere Entwickelung desselben Lebens finden, welches sich forthin im Volke verwirklicht, so scheint es uns auch nicht Aufgabe der Wissenschaft zu seyn, in anderer Weise productiv zu werden, als indem sie das, was der menschlichen Erkenntniß überhaupt sich darbietet, wirklich erkennt und ihm diejenige Form des Bewußtseyns giebt, wodurch es auch Anderen erscheint, und der gemeinen Erkenntniß überliefert wird. Nur als Träger des bereits geschaffenen oder mit innerer Nothwendigkeit von Anfang an vorhandenen Rechts, mit anderen Worten, nur als Erkenntniß-, nicht als Bildungsquelle des Rechts können wir daher das sogenannte Juristenrecht ebenso wie das Aemterrecht betrachten.

Sollen wir nun noch unsere eigene Ansicht über die Natur des Rechts und dessen Verhältniß zur Gesetzgebung hier niederlegen, so glauben wir, unter Beziehung auf das Vorausgeschickte, uns auf folgende Bemerkungen beschränken zu können.

---

42) Puchta, das Gewohnheitsrecht Th. I. S. 146 und 161 f. Ders. Lehrb. der Pandecten §. 8 und 11.

Das Recht, d. h. der Inbegriff von erzwingbaren Grundsätzen, nach welchen die Menschen in ihrem Wechselverkehre sich zu benehmen haben, ist weder bloßes Natur- noch bloßes Kunst-Product, vielmehr wesentlich beides. Dasselbe ist nämlich theils unmittelbar durch die Natur der Menschen und Dinge von selbst gegeben, und daher mit diesen zugleich vorhanden (natürliches Recht), theils durch den Willen der Betheiligten geschaffen, und zwar letzteres wieder theils durch den ausdrücklichen und stillschweigenden Willen der Staatsgesellschaft (gesetzliches und herkömmliches Recht), theils durch die Autonomie der Einzelnen (autonomisches Recht). Uebrigens hat man sich unter natürlichem oder Naturrecht kein reines, d. h. von allen sinnlichen Bedingungen absehendes, Vernunftrecht zu denken, denn ein solches giebt es überall nicht, vielmehr ein aus der menschlichen Natur abgeleitetes, auf menschliche Verhältnisse angewandtes, und daher im Zweifel der Natur dieser Verhältnisse gemäßes Recht. Dieses natürliche Recht ist eben, weil es von Natur aus besteht, gemeines, das willkürliche, weil es für gewisse Kreise geschaffen ist, besonderes Recht. Auch die Sitte (Herkommen, Gewohnheit, consuetudo) ist noch großentheils Natur-Product, sofern sie zunächst ausgeht von dem Ursprünglichen und Nothwendigen; aber, indem sie keineswegs hierbei stehen bleibt, sondern dem Gebiete des Freien sich zuwendet, und namentlich dem gesetzlichen Rechte, sey es, daß solches das natürliche bestätigt oder abändert, bald ihre Anerkennung gewährt, bald solche verweigert [43]), steht sie in der That vermittelnd über diesem und dem natürlichen Rechte. Auch ist sie ohne Zweifel die ergiebigste und wichtigste, weil ununterbrochen thätige und belebende Quelle des Rechts, und wenn sie schon hie und da abweicht, je nach örtlichen und gesellschaftlichen Bedürfnissen, so giebt es doch hinwieder so manche gemeinschaftliche Beziehungen im Rechte, daß sie nicht blos als Quelle des besondern, sondern auch des

---

43) Daß das gemeine Recht auch dem Naturrechte zuweilen widerspricht, sieht man aus dem Beispiele der Sclaverei, welche aus dem jus gentium abgeleitet wird (Inst. I. 2. §. 2.), wiewohl unvernünftige Gewohnheiten nicht geduldet werden sollen. Cap. ult. X. de consuet. Peinl. Ger. Ordn. Art. 218.

verschiedenen Völkern gemeinen Rechts (jus gentium) angesehen werden darf.

Diese Ansicht von dem Ursprunge des Rechts wird denn auch bestätigt durch den oben gezeigten Entwickelungsgang unsres Rechts, und durch die Zeugnisse römischer Schriftsteller. Zwar die Eintheilung des Rechts in ein jus naturale, gentium et civile, welche schon frühe sich findet, und noch von Justinian beibehalten wurde [44]), ist nirgends mit wissenschaftlicher Bestimmtheit durchgeführt. Nach D. I. 1. fr. 1. §. 3. und 4. und Inst. I. 2. princ. ist man sogar versucht, anzunehmen, Ulpian und nach ihm Justinian haben unter dem naturale jus (quod natura omnia animalia docuit) allgemeines Naturgesetz für sämmtliche lebende Geschöpfe und in dessen Folge eine ursprüngliche Rechtsgemeinschaft des Menschen mit den Thieren sich gedacht, während schon Cicero (de legibus I. 5 — 8. de finibus III. 20.) das Gegentheil bemerkt und dem Naturrechte, wie dem Rechte überhaupt, die menschliche Natur zur Grundlage giebt [45]). Auch die ausschließliche Beziehung des natürlichen Rechts auf die sinnliche Natur des Menschen und die daraus hervorgehenden Handlungen, womit Neuere die Ulpian'sche Definition zu rechtfertigen gesucht haben, ist nicht festgehalten [46]), wie denn in der That die Voraussetzung, daß die in der höhern und niedern menschlichen Natur gegründeten Rechte sich trennen lassen, nicht zu rechtfertigen ist. Gleichwohl darf man das jus naturale nicht mit dem jus gentium verwechseln; denn in diesem ist das natürliche Recht bereits mit dem geschichtlichen (der Sitte) zersetzt, wenn schon noch nicht den besonderen Bedürfnissen und Neigungen des einzelnen Volks angepaßt.

Dunkel schwebte den Römern hiernach allerdings ein den Gegensatz zwischen dem natürlichen und gesetzlichen Recht vermittelndes gemeines Recht vor; aber scharf gezeichnet ist weder jenes

---

44) Inst. I. 2. princ. §. 1 und 2.

45) Einen andern Begriff hat Gratianus Dist. I.: „Jus naturale est quod in lege et evangelio continetur."

46) Z. B. D. I. 1. fr. 3. L. 17. fr. 32. In der erstern Stelle wird das matrimonium, in der letztern die Gleichheit aus dem Naturrecht abgeleitet.

jus naturae, noch dieses jus gentium, und nur so viel gewiß, daß sie beide als Grundlagen und Ergänzungsquellen für das jus civile betrachteten: das Naturrecht, sofern es eine gewisse Nothwendigkeit (necessitas) mit sich führt, das jus gentium, sofern die naturalis ratio und die so vielfältig angerufene aequitas in der gemeinen Sitte (consuetudo) zu einer objectiven Gestalt gelangen, welche ebensowohl eine allgemeine, als besondere seyn kann und durch die Gesetze des Staats nur eine weitere Bestimmtheit erhält [47]).

> Ergo omne jus aut consensus fecit aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.
>
> (*Modestinus* D. I. 3. fr. 40.)

Auch die Begriffe der naturalis ratio und der aequitas sind allerdings an sich nicht eins; jene ist das Erkenntnißvermögen überhaupt, diese dasselbe Vermögen angewandt auf die Forderung der Gleichheit unter Mehreren. Allein im Rechte gerade treffen sie häufig überein; denn das Wesen des Rechts ist Gleichheit, wenn schon nicht jene unausführbare materielle, sondern die Isonomie im Sinne der Alten, jetzt Gleichheit vor dem Gesetze genannt. Daher denn auch die Bezeichnung der Rechtswissenschaft als einer ars boni et aequi gerechtfertigt ist.

Wie wir den Ausdruck: naturalis ratio, buchstäblich in „natürliche" (oder gemeine) „Vernunft" übertragen, so drückt das Wort Billigkeit ganz den Sinn der römischen aequitas aus; denn, wenn schon hierunter zuweilen blos eine moralische Geneigtheit verstanden ist, Anderen etwas zukommen zu lassen, was sie von Rechts wegen nicht fordern können, so schließt doch die regelmäßige und sprachliche Bedeutung des Worts (abgeleitet von Bill = Recht, daher auch Unbill = Unrecht) die

47) Inst. I. 2. §. 1 und 2. D. I. 1. fr. 6. 9. XLI. 1. fr. 1. pr. Auch die römischen Rechtsbücher wie die neueren Gesetzbücher erkennen einzelne Local-Gewohnheiten neben sich an; läßt man aber besondere Gewohnheiten zu, so muß man auch allgemeine statuiren, denn diese bestehen nur unter Voraussetzung der Uebereinstimmung jener. Der Rechtsgrund der einen wie der andern aber beruht auf dem consensus utentium. D. I. 3. fr. 32. Anderer Ansicht ist Puchta, das Gewohnheitsrecht, Th. I. S. 155 f.

rechtliche Nothwendigkeit der betreffenden Handlungsweise keinesweges aus; vielmehr bezeichnet es vorzugsweise das natürliche Rechtsgefühl, welches allerdings zuweilen weiter geht, als das sogenannte strenge oder gesetzliche Recht (strictum jus), aber auch, und wir wollen hoffen regelmäßig, demselben zur Seite steht, (daher das Sprichwort: was dem Einen Recht, ist dem Andern billig!) [48]).

Während dieses Rechts- oder Billigkeits-Gefühl gewöhnlich nur in concreter Auffassung, d. h. in Vergegenwärtigung der Umstände des einzelnen Falles zu einiger Bestimmtheit und Klarheit gelangt, hier dann freilich aber auch jedem, selbst dem Ungebildeten, ja dem Kinde, welches von den Gesetzen des Staats keine Kenntniß hat, Entscheidungsgründe an die Hand giebt, enthält dagegen die natürliche Vernunft, als Quelle aller Abstraction, zugleich ein allgemeines Rechtsbewußtseyn, welches den Völkern auf ihrer verschiedenen Entwickelungsstufe, zum Theil unbewußt, vorschwebt, und das Concrete oder Sinnliche, welches auch in der Volksindividualität unvermeidlich hervortritt, durchdringt und vergeistigt.

Das Ergebniß dieser innern Rechtsbildung, welche auch ohne Zuthun der Gesetzgebung nothdürftig vor sich geht, ist die sogenannte Natur der Sache, d. h. die rechtliche Idee, welche der äußeren Beschaffenheit eines gegebenen Rechtsverhältnisses zu Grunde liegt, und woraus dieses, so weit nicht zufällige Abweichungen Platz gegriffen haben, allenthalben zu beurtheilen ist. Diese Natur der Sache aus reinen Vernunftgründen (a priori), d. h. abgesehen von der Erfahrung, darthun, ist schon darum unmöglich, weil sie aus der Erfahrung abstrahirt ist. Nichts desto weniger ist sie Ausdruck des menschlichen Geistes, und ihrem Wesen nach nichts anderes, als eine allgemeine Vernunftidee, angewandt auf die Natur positiver Verhältnisse. Welchen Einfluß

---

48) Wenn Albrecht, die Stellung der röm. Aequitas, S. 181. meint, daß das Wort Billigkeit darum der römischen aequitas nicht entspreche, weil damit etwas Subjectives bezeichnet sey, so vergißt er, daß auch bei den Römern die aequitas öfters dem jus entgegengesetzt wird. D. XXXIX. 3. fr. 2. §. 5. Ueber naturalis aequitas im Gegensatz zur civilis D. XLVII. 4. fr. 1. §. 1.

wir nämlich auch den äußeren Verhältnissen einräumen, namentlich den klimatischen, commerciellen und politischen Lebensbedingungen eines Volks, so stellt sich doch die geistige Anlage einer Nation in ihrem naturgemäß erzeugten Rechte überwiegend dar, ohne daß wir sie durch die äußeren Verhältnisse mehr modificirt uns denken dürften, als die Persönlichkeit der Einzelnen, bei welchen wir gleichwohl eine Einwirkung der gesunden Vernunft auf ihre Handlungsweise billig zugeben.

Nirgends mehr als in dem Rechte der Römer ist nun gerade dieser rationelle Charakter des Rechts anerkannt; und indem dieselben das, was als billig und recht (aequum et justum) der gemeinen Vernunft oder dem natürlichen Gefühle sich darstellt, als allen Völkern angehörig dachten, gelangten sie zugleich zur Annahme eines gemeinen Rechts (jus gentium s. commune), welches den römischen Magistraten und Juristen zur Ergänzung des jus civile diente, und theils mit diesem, theils unabhängig von demselben nun auch zur Bereicherung unsres Rechts beigetragen hat.

Ist nun aber Vernunft und Sitte jetzt noch Quelle des Rechts, wie sie es immerdar waren, so folgt daraus von selbst, daß auch bei uns von einem gemeinen Recht im Sinne des römischen jus gentium die Rede seyn kann und darf, und daß dieses materiell gemeine Recht zur Ergänzung des formellen Rechts in Deutschland verwendet werden kann und muß. Freilich darf man hierbei nicht unter gemeinem Recht ein Recht verstehen, welches in ganz Deutschland angewandt wird — in dieser Art sind kaum die Reichs- und Bundesgesetze allgemein zu nennen — noch darf man einzig aus dem Umstande, daß eine Ansicht sehr verbreitet ist, schließen, daß sie gemeinrechtlich sey; denn darum, weil etwas in 37 Bundesstaaten gilt, streitet noch nicht die Vermuthung dafür, daß dieß auch in dem 38sten der Fall sey [49]). Was wir unter gemeinem Recht verstehen, ist vielmehr die den einzelnen Rechtsverhältnissen (z. B. der Ehe, den Reallasten) anhängende rechtliche Natur der Sache, welche eben deshalb, weil sie der äußeren Beschaffenheit eines Rechtsverhältnisses regelmäßig zu Grunde liegt, überall vermuthet wird, wo

49) Klüber, jurist. Bibliothek Bd. III. S. 300. 475.

dieses sich vorfindet. Hätten wir es blos mit einer rein rationellen Natur der Sache zu thun, so könnten wir unsre Aufgabe weiter erstrecken auf ein gemeines Recht aller Völker, oder vielmehr, wir könnten es bei dem Naturrechte bewenden lassen. Allein da wir zunächst die positiven Rechtsbestimmungen zu berücksichtigen haben, so müssen wir uns auf ein gemeines Recht derjenigen Länder beschränken, welche durch gleiche politische Schicksale und eine bis auf einen gewissen Grad gemeinsame Gesetzgebung unter sich verbunden sind.

Hier entsteht nun aber die Frage: hat das also beschaffene gemeine Recht auch practische Verbindlichkeit und kann daher dasselbe für eine Theorie des deutschen Rechts dogmatisch benutzt werden? Was die formellen Bestandtheile betrifft, so ist diese Frage unbedenklich zu bejahen. Eine durchgängige formelle Sanction läßt sich jedoch weder bei dem gemeinen Rechte deutschen, noch bei dem gemeinen Rechte römischen Ursprungs beweisen; die particulären Sanctionen aber bringen noch keine gemeinsame juridische Nothwendigkeit mit sich. Gleichwohl müssen wir das ganze gemeine Recht in obiger Auffassung als eine practische Wissenschaft in Anspruch nehmen, weil ohne diese Voraussetzung dem Bedürfnisse einer, zur Ergänzung der Particularrechte dienenden Theorie nicht abgeholfen wäre. Aber wir können es auch, weil mit dem Begriffe und Zwecke eines Rechtsinstituts im Zweifel alles dasjenige von selbst gegeben ist, was daraus mit rationeller oder historischer Nothwendigkeit gefolgert werden kann, und weil somit diese Folgerungen überall da als anwendbar zu präsumiren sind, wo das Institut selbst sich vorfindet, so lange nicht particuläre Abweichungen erweisbar sind.

Sollte nun aber etwa in Folge der Zerstörung des deutschen Reichs ein deutsches Recht unmöglich geworden seyn? Die deutschen Reichsgesetze haben allerdings ihre äußere Verbindlichkeit verloren, denn nicht nur hat die Rheinische Bundesacte dieselben ausdrücklich aufgehoben (Art. 2.), sondern es kann auch nach Aufhebung des deutschen Reichs jedenfalls von dem Fortbestande jener Gesetze als Reichsgesetze nicht mehr die Rede seyn. Allein nach Errichtung des deutschen Bundes ist in der diesem zukommenden gesetzgebenden Gewalt eine neue Quelle für formell

gemeines (allgemeines) Recht aufgegangen, welche, wenn auch beschränkter als die frühere Reichsgesetzgebung, dennoch schon manche allgemeine Bestimmungen über öffentliches und Privatrecht hervorgebracht hat und wohl noch mehrere hervorbringen könnte. Mittelst der Bundesgesetze ist daher die Idee eines formell gemeinen Rechts wieder hergestellt.

Gesetzt übrigens, von einem formell (authentisch) gemeinen Rechte könnte jetzt nicht mehr die Rede seyn, so wäre dadurch doch das Daseyn eines materiell gemeinen Rechts keineswegs ausgeschlossen; denn die Quellen des letztern (Vernunft und Sitte) bestehen nach wie vor fort, und auch die früheren Reichsgesetze sind in dieser Hinsicht darum noch von ganz besonderm Werthe, weil die Thatsache ihrer Wirksamkeit innerhalb der Gränzen Deutschlands vermöge ihrer frühern Form keines weitern historischen Beweises bedarf, und daher für ihre Anwendbarkeit in jedem einzelnen Staate so lange zu vermuthen ist, bis eine Abänderung derselben nachgewiesen wird.

Wenn daher auch nur in wenigen deutschen Staaten ein Rechtsverhältniß noch vorkommt, welches in früheren gemeinsamen Zuständen seinen Grund hat, z. B. die Geschlechtsvormundschaft, die Leibeigenschaft, so ist deshalb kein Grund vorhanden, dasselbe von dem gemeinen Rechte künftig auszuschließen, da das Gemeinsame desselben noch jetzt fortwirkt und im Zweifel auch die Basis der richterlichen Entscheidung bildet. Ebenso ist, wenn jetzt erst in mehreren deutschen Staaten neue Verhältnisse aufkommen, welche dem frühern deutschen Rechte unbekannt waren, das Bedürfniß vorhanden, deren gemeine Natur festzustellen, wenn dieselben auch nicht überall practisch seyn sollten, sofern nur für ihre Beurtheilung ein allgemeiner Standpunkt möglich ist. Daher ist z. B. was den Handel mit Staatspapieren betrifft, mit Rücksicht auf die technische Natur dieses Handels die rechtliche Natur desselben zu bestimmen, wobei zwar Analogien aus dem Civilrechte benutzt werden können, ohne aber ausschließlich zu entscheiden.

Nur in Beziehung auf das Staatsrecht ist auch in neuester Zeit noch die Existenz eines gemeinen Rechts geradezu geläugnet worden, und zwar mit einer Bestimmtheit, welche tüch-

tige Gründe voraussetzt[50]). Obschon wir diese bei unserm Gegner zu finden gewohnt sind, so müssen wir doch gestehen, von der Richtigkeit seiner Ansicht dießmal nicht überzeugt worden zu seyn.

Vor Allem müssen wir dem Herrn Professor von Mohl darin widersprechen, wenn er die von ihm vertheidigte Meinung aus dem Grunde als die seinige anspricht, „weil ihm nicht bekannt sey, daß dieselbe vor ihm von jemand öffentlich aufgestellt worden wäre, und weil er in jedem Falle nicht von Anderen auf sie hingeleitet worden." Denn obgleich wir das Letztere gern zugeben, so ist doch daran zu erinnern, daß bereits zur Zeit des rheinischen Bundes die Unwirksamkeit des ältern deutschen Staatsrechts behauptet, und damit die einseitige Auflösung der verfassungsmäßigen Verhältnisse innerhalb der Bundesstaaten zu rechtfertigen gesucht worden[51]); wogegen allerdings Herr von Mohl das unbestreitbare Verdienst hat, die öffentliche Aufmerksamkeit neuerdings auf jene theoretisch keineswegs unzweifelhafte Frage hingelenkt und die Gründe für und wider mit der ihm eigenen Freimüthigkeit dargelegt zu haben. Mehrere Stimmen haben sich in Folge der gegebenen Anregung, wenn auch nur gelegenheitlich, der bekämpften Lehre angenommen[52]), und der Verfasser dieses würde deshalb um so mehr Anstand nehmen, die Ansicht eines Collegen hier zu bekämpfen, welcher dem gegenwärtigen Unternehmen seine Theilnahme zugesagt hat, wenn nicht schon der Zusammenhang es ihm zur Pflicht machte, derselben Einiges, was zunächst hierher gehört, entgegenzuhalten.

Wirklich ist der Standpunkt bei Prüfung der von Herrn von Mohl wieder aufgeworfenen Frage der Hauptsache nach

---

50) S. die Recensionen in der Tübinger krit. Zeitschr. für Rechtswiss. Bd. II. S. 326. IV. S. 254 f. Richters kritische Zeitschrift für deutsche Rechtswiss. Bd. I. S. 452 f.

51) S. die Literatur bei Klüber, öffentliches Recht der deutschen Bundesstaaten §. 49. Note b.

52) Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, Vorrede S. VII. Michaelis, Protokolle der Bundesversammlung S. 22 f. Maurenbrecher, in Richters krit. Zeitschr. Bd. II. S. 854 f. Vergl. dessen Staatsrecht §. 6.

kein anderer, als derjenige, von welchem bei der Streitfrage über die Existenz eines deutschen Rechts überhaupt auszugehen ist; denn nicht mehr und nicht weniger, als das deutsche Privat- und Criminalrecht, und der deutsche Proceß, hing auch das innere Staatsrecht der einzelnen Territorien, namentlich die ständische Vertretung, das Verfassungsrecht überhaupt, das Privatfürstenrecht, und selbst das Verwaltungsrecht, mit einzelnen Einrichtungen des vormaligen deutschen Reichs zusammen.

Von dem Augenblicke an, wo letzteres sein Ende erreichte, ist nun zwar dieser äußere Zusammenhang und eben damit zugleich die gemeinsame formelle Quelle des gemeinen Rechts in der Reichsgesetzgebung verloren gegangen, und auch die fortdauernde Anwendbarkeit der früheren Reichsgesetze hat man von da an häufig durch eine neue ausdrückliche oder stillschweigende Reception derselben in der Eigenschaft von Staatsgesetzen begründen zu müssen geglaubt [53]). Aber es handelt sich ja nicht darum, jene älteren, mit der Reichsverfassung natürlich von selbst gefallenen Reichseinrichtungen, wie z. B. die Berufung auf Kaiser und Reich, die Appellation an die Reichsgerichte, als fortbestehend anzunehmen, oder eine unbedingt verbindende Norm, mit derogatorischer Wirksamkeit, gegenüber von den einheimischen Bestimmungen in dem gemeinen Staatsrechte aufzurichten; vielmehr nur darum, die Grundbegriffe und höheren Regeln aufzusuchen, woraus die Particularrechte Deutschlands, also auch die Staatsrechtsbestimmungen, seit der ersten Stufe ihrer Begründung Nahrung und Bestand erhalten haben [54]).

Nur darüber sollte daher, wie bei dem Privatrechte, denkbarer Weise ein Streit obwalten können: ob die auf solchem Wege gewonnene gemeinrechtliche Basis in Ermangelung particulärer Bestimmungen, sey es in thesi, d. h. als unbedingt anwendbares Subsidiarrecht, oder in hypothesi, d. h. unter Voraussetzung des Vorhandenseyns der betreffenden Institute, zur Anwendung kommen dürfe, oder ob sich der Gebrauch desselben

53) v. Berg, Abhandlungen zu Erl. der rh. B. A. Th. I. S. 53. Klüber, Oeffentl. Recht §. 51. Nr. II.

54) K. F. Eichhorn, über das gesch. Studium des deutschen Rechts, in der Zeitschr. für gesch. RW. S. 129 u. f.

einzig darauf beschränke, als Einleitungsdoctrin zu richtigerm wissenschaftlichen Verständnisse des Particularrechts zu dienen; denn im äußersten Falle sollte wenigstens der Nutzen einer solchen Doctrin, selbst wenn sie sich lediglich auf den Standpunkt vom Jahr 1806 zu stellen hätte, keinem Streite unterworfen seyn.

Allerdings hatte die in diesem Jahre eingetretene Katastrophe nicht blos die äußere Gestaltung Deutschlands, sondern auch das innere staatsrechtliche Verhältniß der einzelnen deutschen Territorien vielfach unmittelbar anders gestaltet. Diese selbst waren souverän geworden und an der Stelle einer Reichsgewalt erhob sich über ihnen zum Theil sogleich, zum Theil später eine völkerrechtliche Bundesgewalt, welcher nur ausnahmsweise eine Einwirkung auf die innere Gesetzgebung und Verwaltung der Bundesstaaten zukommt; aber gerade diese Veränderung ist ja allen deutschen Staaten zuletzt gemeinschaftlich geworden, indem ein und derselbe deutsche Bund nunmehr alle deutschen Staaten umschließt. Folglich kann zum mindesten die Idee eines gemeinen Landesstaatsrechts dadurch nicht verkümmert werden.

Offenbar verwechselt Herr von Mohl den Begriff des letztern mit dem Begriffe des vormaligen Reichsstaatsrechts, wenn er behauptet: „mit Auflösung des deutschen Reichs haben die Verhältnisse, wodurch das frühere gemeinschaftliche Staatsrecht bestehen konnte, aufgehört", und zuletzt schließt: „alles also, was von der Reichseinrichtung herrührte und allen deutschen Staatsrechten gemein war, hat aufgehört, und zwar ohne irgend einen gemeinsamen Ersatz." — Der Umstand, daß vormals das eigentliche Reichsstaatsrecht in genauer Verbindung mit dem gemeinen Staatsrechte der Territorien (dem sogenannten Territorialstaatsrechte oder Staatsrecht der sogenannten Reichslande) gestanden, auch mit diesem unter dem Titel „deutsches Staatsrecht" bearbeitet und vorgetragen wurde, berechtigt uns nicht, dieses nunmehr mit jenem in eine Klasse der Verdammniß zu werfen, oder die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Verfassung und Verwaltung der Bundesstaaten darum über Bord zu werfen, weil gewisse andere, vormals damit in Verbindung gestandene, Institute und Rechtsbestimmungen entbehrlich geworden.

Der Träger der Idee eines gemeinen Landesstaatsrechts war ja nicht wesentlich das Daseyn eines Reichsverbandes, z. B. das Rechtsverhältniß der Reichsstände zu Kaiser und Reich, der Bestand einer Reichsversammlung, eines Reichshofraths, Reichskammergerichts u. s. w., sondern die innere Uebereinstimmung der einzelnen Particularstaatsrechte, beruhend theils auf der allen menschlichen Einrichtungen inwohnenden rationellen Natur der Sache, theils auf jener gemeinschaftlichen historischen Grundlage, welche als Factum der Geschichte nicht mehr vernichtet werden kann. Alle jene Rechtsverhältnisse, welche mit Auflösung des deutschen Reichs von selbst zerfielen, waren allerdings theilweise die Bedingungen, unter welchen das innere Staatsrecht der deutschen Territorien seine positive Gestalt erlangt hat. Sie boten überdieß einige wünschenswerthe Garantien für den Bestand und die Wirksamkeit der gegebenen Landesverfassungen dar; nicht aber waren sie diese Verfassungen selbst.

Gesetzt daher auch, die Summe von Einrichtungen und Bestimmungen des Landesstaatsrechts, z. B. die Rechte der Agnaten, der Stände, der einzelnen Unterthanen wären wirklich, wie Herr von Mohl behauptet, unmittelbar aus der Reichseinrichtung und nur aus ihr hervorgegangen, ist man darum nach logischen Regeln berechtigt, zu schließen, daß sie mit Vernichtung des Reichsverbandes aufgehört haben? Bestehen nicht vielmehr einzelne ältere staatsrechtliche Institute und Bestimmungen, wie gegnerischer Seits selbst zugegeben wird, immer noch fort, und war es gewiß keineswegs zu rechtfertigen, daß andere, nachdem die äußeren Bürgschaften ihrer Fortdauer verschwunden, von den souverän gewordenen Landesherren einseitig aufgehoben worden.

Selbst aber das läßt sich kaum mit gutem Grunde bezweifeln, daß, wenn wirklich ein äußerer politischer Verband in dem Begriff eines gemeinen Staatsrechts vorausgesetzt würde, jetzt wenigstens der deutsche Bund als ein gemeinsamer Ersatz für den frühern Reichsverband sollte gelten können; denn während die deutsche Reichsgesetzgebung und Reichsorganisation die Ausbildung der einzelnen Landesverfassungen fast lediglich sich selbst überließen, ist nunmehr in der Bundesverfassung und in den Bundesbeschlüssen eine Anzahl von Detailvorschriften enthalten, wodurch die inneren Staatseinrichtungen der Bundesländer unmittelbar

bestimmt werden. Ob übrigens der neue schützende Verband den Namen eines Reichs oder Bundes führt, ist für den Begriff eines gemeinen Landesstaatsrechts einerlei; denn nicht auf die Form jenes weitern Verbandes, als eines Reichsstaats, sondern auf das Daseyn verschiedener, mehr oder weniger gleichgeformter Staaten wird diese Bezeichnung bezogen; und sollte nicht der neue Bundescharakter, indem er an der Stelle der früheren Territorialstaaten nunmehr selbstständige Staaten duldet, dem Begriffe eines gemeinen Staatsrechts in der ebengenannten Bedeutung sogar mehr entsprechen, da ja das zu Grunde liegende Prädicat „Staat" jetzt in noch vollerer Bedeutung den einzelnen Territorien zukommt, als früher.

Mit der Auflösung des deutschen Reichs wird nun zwar behauptet, sey auch „die historische germanische Einheit" unterbrochen worden; denn die größere Mehrzahl der deutschen Staaten habe ihre Befreiung vom Reichsverbande dazu benutzt, nicht nur einzelne zufällige Detaileinrichtungen nach Willkür zu ändern, sondern sogar ihren Einrichtungen eine ganz neue Grundlage, ein ganz verschiedenes Princip zu geben; fremde, namentlich französische Ansichten seyen überall hereingedrungen, haben hier diese, dort jene Wirkung gehabt, und somit (?) ganz verschiedene Staatsarten erzeugt.

Eine „germanische Einheit" oder eine politische Verbindung der Völker germanischen Ursprungs hat bekanntlich nie bestanden (kaum ja wohl eine deutsche!); das Charakteristische in den Staatseinrichtungen jener Völker aber hat sich auch dem englischen und französischen Volke mitgetheilt und bei dem erstern sogar länger erhalten und weiter ausgebildet, als in Deutschland, wo die Einwanderung des römischen Rechts und die Vorliebe für das Fremde überhaupt schon seit dem 15ten und 16ten Jahrhundert die einheimischen Institutionen untergraben und die germanischen Eigenthümlichkeiten tiefer erschüttert haben, als alle neuerdings eingedrungenen französischen Repräsentativ- und Verwaltungsformen [55]), welche bei einer freien Weiterbildung der in

55) Das Princip der allgemeinen Volksvertretung, das Wahlsystem, das Institut der Civilliste, die Verantwortlichkeit der Minister, die Büreaukratie, die Geschäftseintheilung nach Departements, die Etats-

Deutschland bereits vorgelegenen Grundzüge sich hier großentheils gleichfalls hätten entwickeln müssen.

Veränderungen der ebengedachten Art, zum Theil sehr tief eingreifende und nicht immer übereinstimmende sind zwar, zumal in Folge einer engeren politischen Verbindung der meisten deutschen Staaten mit Frankreich im rheinischen Bunde, da und dort vorgenommen worden; aber, wo man darin zu weit gegangen war, ist der ruhige Sinn des Deutschen selbst wieder zum Alten zurückgekehrt, und wir dürfen es namentlich den neuesten Verbesserungen in der Verfassung und Verwaltung einzelner deutscher Staaten nachsagen, daß ein historischer Anhaltspunkt und eine höhere, vielleicht wissenschaftliche Einheit überall für nöthig erachtet worden.

Welches sind nun aber im Einzelnen die wesentlichen Veränderungen, wodurch nach der Annahme des Herrn von Mohl die Construction eines gemeinen Staatsrechts in Deutschland unmöglich geworden seyn soll? Erheblich und durchgreifend müssen sie allerdings seyn; denn derselbe hat die „größte Verschiedenheit nicht nur in äußeren Formen, sondern auch im Principe der Regierungsart" vor Auflösung des deutschen Reichsverbands als unschädlich für die Annahme eines gemeinen Staatsrechts angesehen; und nun sollen die beinahe wörtlich auf gleiche Weise prädicirten Neuerungen nach jenem Zeitpunkte zerstörend auf die Disciplin eingewirkt haben.

Herr von Mohl beruft sich zur Begründung seiner Ansicht insbesondere auf das Beispiel Württembergs; aber er durchhaut den Knoten, wenn er fragt: „wo ist der so ganz mit der Geschichte und der allgemeinen Staatslehre Unbekannte, welcher nicht zugäbe, daß dieser Staat durch seine Verwandlung zuerst in eine absolute Monarchie, jetzt in einen Staat mit Volksvertretung nicht blos im Aeußeren und Unwesentlichen, sondern in seiner innersten Natur verändert worden sey?" Exemplum claudicat! Wenigstens glaubt der Verfasser dieses in seiner geschicht-

---

wirthschaft mögen etwa vorzugsweise hierher gehören; indessen dienten hierin den Franzosen die englischen Staatseinrichtungen und Staatsverhandlungen als Muster, wo daher auch die meiste Belehrung für unsere Staatsmänner zu suchen seyn dürfte.

lichen Einleitung in die württembergischen Staatsgrundgesetze hinreichend gezeigt zu haben, daß die neue württembergische Verfassung mit der erbländischen, zu Ende des Jahrs 1805 aufgehobenen, in wesentlichen Punkten geschichtlich zusammenhängt; und schon die erklärte Bereitwilligkeit des verewigten Königs Friedrich, mit den Ständen, welche eine vollständige Restauration wünschten, wegen der nothwendig scheinenden Modificationen zu unterhandeln und hierbei „alles dasjenige aus der alten Verfassung beizubehalten, was mit den neuen Zeitumständen nur immer sich vereinigen lasse" 56), so wie die ausdrückliche Anerkennung des gegenwärtigen Königs Wilhelm nach dem Antritte der Regierung: „den seitherigen Arbeiten an der künftigen Verfassung sey die der Erblande zu Grunde gelegt worden" 57), mögen statt aller Versicherungen dienen.

Außer Württemberg wird noch auf die Staatsveränderungen in Baiern und Baden und auf das Stehenbleiben in Oestreich und Oldenburg verwiesen, und daran die Frage geknüpft: „wenn dieses Alles sich so befindet, wie läßt es sich mit der Wirklichkeit, wie mit der Geschichte, wie mit der Logik vereinigen, wenn man für diese so verschiedene Staaten Ein gemeinschaftliches positives Staatsrecht aufstellen will?"

Da in Württemberg, um dessen Staatsrecht Herr von Mohl so wesentliche Verdienste hat, wie wir gesehen haben, die Sache sich anders verhält, als behauptet worden, so werden wir uns auch diesen neuen Argumenten nicht mit unbedingtem Vertrauen überlassen dürfen. Ob und in wie weit den neuen schriftlichen Verfassungssystemen in Baiern und Baden die früheren dortigen Einrichtungen zu Grunde gelegt worden (begreiflich ist, daß dieselben sich möglichst an die bis dahin bestandenen Institutionen anschlossen 58), und jedenfalls sollte darin nur ein Theil

56) s. Sammlung der württ. Staatsgrundgesetze III. Bd. Einl. S. 401.

57) Das. S. 412. Den Beweis, daß auch die neue kurhessische Verfassung mit alten Elementen zusammenhänge, hat geführt Pfeiffer, in seiner Geschichte der landständischen Verfassung in Kurhessen. 1834.

58) Wenn der Verf. der „Bemerkungen über die ältere ständ. Verfassung in Hessen" (Berlin 1836. S. 48.) dem Versuche Pfeiffer's

des Staatsrechts aufgenommen werden), ist für unsre Frage unverfänglich; darüber aber muß man sich aufrichtig und ohne zuvor gefaßte Privatmeinung verständigen: ob die particulären Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen hinreichen zur Beantwortung aller vorkommenden staatsrechtlichen Fragen, ob nicht theils als Erklärungs-, theils als Ergänzungsmittel eine gemeinrechtliche Theorie auch hier wesentliches Bedürfniß ist, ein Bedürfniß, welches Analogien aus dem englischen, französischen, nordamerikanischen Staatsrecht, deren Herr von Mohl in seinem Würtembergischen Staatsrecht sich häufig bedient, nicht immer ersetzen können. Ist aber das Bedürfniß einer solchen Theorie anerkannt, dann fragt es sich weiter: aus welchen Quellen ist sie zu schöpfen? Hier nun gerade müssen wir auf dasjenige, was bereits oben über den Charakter des deutschen Rechts angeführt worden, und was in einem spätern Hefte über die Methode desselben zu sagen seyn wird, verweisen und namentlich darauf aufmerksam machen, daß der Begriff eines gemeinen Rechts (jus commune) keineswegs eine allgemeine, bis auf das kleinste Detail sich erstreckende Theorie voraussetzt, wonach das, was heute gemeines Recht ist, dadurch, daß morgen in einem Staate etwas daran geändert wird, aufhörte, es zu seyn, vielmehr nur eine den Objecten des Rechts, den Rechtsverhältnissen an sich, wofern sie Statt finden, zukommende innere Natur der Sache, und eine dieser sachlichen Natur entsprechende gemeinsame Rechtsgrundlage. Eine solche gemeine Rechtsgrundlage besitzen aber die verschiedenen deutschen Staaten, nicht blos in Hinsicht auf ihr Privatrecht, Proceßrecht u. s. w., sondern auch in Hinsicht auf ihr Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

(Geschichte der landständischen Verfassung in Kurhessen) den Zusammenhang zwischen alten und neuen Rechten der Landstände nachzuweisen, unter Anderem entgegenhält, daß zu jenen die Theilnahme an der Gesetzgebung nicht gehört habe, so übersieht er, daß diese eines der ältesten ständischen Rechte war, s. Henrici Regis Sententia de jure statuum terrae de ao. 1231 (Pertz Legum II. p. 283.) „ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova jura facere possint, nisi meliorum et maiorum terre consensus primitus habeatur."

Zunächst sind es die allgemeinen Begriffe von Staat und Staatsgewalt, Volk und Regierung, Recht, Gesetz und Verfassung, wesentlichen und zufälligen Regierungsrechten u. s. w., welche ebenso wie der Staatszweck selbst und manche einzelne staatsrechtliche Principien, worüber die positiven Gesetze schweigen, aus dem allgemeinen d. h. philosophischen Staatsrechte zu entnehmen sind, und daher in jedem particulären Staatsrechte vorausgesetzt werden. Hierzu kommen dann, da es sich von einem jus gentium germanicarum handelt, die Bundesverträge und Bundesgesetze, welche, soweit sie auf die inneren Verhältnisse der Bundesstaaten Bezug haben, ohne Zweifel ein diesen Staaten gemeinsames Recht enthalten, so namentlich die Art. 12—19. der Bundesacte und Art. 54 — 62. der Wiener Schlußacte. Weiterhin und abgesehen von diesen unzweifelhaft gemeinrechtlichen Elementen haben die deutschen Staaten, sofern sie in einer Gemeinschaft des Ursprungs und der Entwickelung mit einander stehen, manche übereinstimmende Anstalten in sich ausgebildet, welche, eben weil sie ihrem inneren Wesen nach gemein sind, auch einen gemeinrechtlichen Maaßstab der Beurtheilung zulassen. So kann das Wesen der landständischen Verfassung nicht von einem einseitigen particulären Standpunkte aus richtig aufgefaßt werden, zumal im Hinblick auf den Art. 13. der Bundesacte, welcher zwar die Einführung landständischer Verfassungen in allen Bundesstaaten vorschreibt, ohne aber dabei einen speciellen Typus anzuzeichnen. Es muß also, wenn es sich von Auslegung dieses Art. handelt, erst der Begriff und Zweck jener Einrichtung mit Rücksicht auf ihren Ursprung und ihre verschiedene practische Beschaffenheit aufgesucht werden. Ist aber das Princip der landständischen Verfassung einmal festgestellt, so kann, was daraus mit logischer Nothwendigkeit hervorgeht, als darin begriffen vorausgesetzt werden. Auf gleiche Weise ist die Natur der neueren sogenannten Repräsentativ-Einrichtungen festzustellen, wenn gleich hiervon nicht in allen Staaten Gebrauch gemacht wird. Auch die genetische Beschaffenheit dieser Einrichtungen kann zwar einigermaßen aus geschichtlichen Momenten erkannt werden, allein mehr werden wieder allgemeine Begriffe, namentlich über die moralische Persönlichkeit des Volks und den daraus hergeleiteten Repräsentativ-Charakter der Ständeversammlungen, freilich im ste-

ten Hinblick auf die geschichtlichen Modificateonen in Deutschland die Theorie begründen helfen. Ebenso endlich läßt sich allen übrigen Fragen des Staatsrechts eine gemeine theils rationelle, theils historische Seite abgewinnen, welche nicht uncultivirt gelassen werden darf, wenn wir nicht auf allen Gewinn, welchen das deutsche Recht aus seiner bisherigen reichen Literatur und der vereinten Wirksamkeit der Universitäten gezogen hat, verzichten wollen.

Diese Ansicht von der Natur des deutschen Staatsrechts festgehalten, wo sollen nun die wahrgenommenen unüberwindlichen Schwierigkeiten in Darstellung desselben zu finden seyn? Verfasser dieses vermag keine anderen zu entdecken, als welche sich bei Systematisirung jeder anderen gemeinrechtlichen Lehre gleichfalls ergeben, welche aber eine dem Stoffe angemessene Methode sicher, wenn auch mühsam, überwinden wird.

Freilich darf es hierbei nicht auf Erschöpfung der speciellen Verwaltungsregeln des Polizei-, des Kameralrechts u. s. w. oder auf Anhäufung eines unnützen Details aus der Specialgesetzgebung der einzelnen Länder abgesehen seyn; denn in ein System des Staatsrechts gehören überall nur die leitenden Grundsätze der Verwaltung, was Herr Professor von Mohl sowohl bei der Probe, die er mit speciellen Materien des gemeinen Staatsrechts, namentlich der Polizei, unter Vergleichung des Lindelof'schen Grundrisses und neuerdings des Maurenbrecher'schen Staatsrechts anstellt, nicht hinreichend gewürdigt zu haben scheint.

Ueber
das Alter des Sachsenspiegels.

Von

Julius Weiske,

Professor der Rechte in Leipzig.

Einleitung.

In meiner Schrift: Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Rechts 1830, hatte ich unter Nr. II. Ueber die Zeit und den Verfasser des Sachsenspiegels die Ansicht aufgestellt, daß dieses Rechtsbuch schon um das Jahr 1190 entstanden sey. Da nun dieselbe, wie Zöpfl deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 78. n. 17. sagt, „nicht gehörig gewürdigt geworden zu seyn scheint," wenigstens die frühere Meinung über das Alter des Sachsenspiegels immer noch die gewöhnliche und herrschende ist, so benutze ich gern die mir von dem Herrn Mitherausgeber dieser Zeitschrift, Prof. Reyscher, brieflich gegebene Andeutung, meine Ansicht über das Alter des Sachsenspiegels hier weiter auszuführen.

Seitdem ich die obengedachte Meinung aufstellte, habe ich ihre weitere und festere Begründung nie ganz aus dem Auge verloren; sowie mir aber zeither nichts vorgekommen ist, was meiner Ansicht nach gegen sie spräche, auch mir keine Entgegnungen bekannt geworden sind, die eine Berücksichtigung verdienten, so bin ich jedoch auch auf Nichts gestoßen, woraus sich die Abfassung unsres Rechtsbuches in einem bestimmten Jahre unwiderleglich nachweisen ließe; und überhaupt möchte ich es sehr be-

zweifeln, daß dies je möglich sein wird, wenn nicht auch hier irgend einmal ein glücklicher Zufall uns Licht giebt.

Daß man nicht schon eher auf die Ansicht gekommen ist: der Sachsenspiegel müsse vor 1215 verfaßt seyn, hat seinen Grund wohl theils darin, daß man in früherer Zeit noch nicht so tief in die einzelnen Zweige des gesammten Rechtslebens im Mittelalter eingedrungen war, theils noch mehr darin, daß man im Sachsenspiegel selbst I. a. 3. a. E. eine Bestimmung vorfand, welche unleugbar erst auf dem 4ten lateranensischen Concil (1215) gegeben worden ist. (**De sibbe lent in dem sevenden erve to nemene, al hebbe de paves georlovet wif to nemene in der veften.**)

Schon in jener Abhandlung machte ich §. 2., wie von Andern weiter ausgeführt worden ist, darauf aufmerksam, daß die in der bekannten Quedlinburger Handschrift des Sachsenspiegels fehlenden Stellen spätere Zusätze seyen. Da nun dies heutzutage wohl ziemlich allgemein als wahr und ausgemacht angenommen wird, so folgt daraus ganz einfach, daß der Grund, den man früher dafür anführte, daß der Sachsenspiegel nicht vor dem Jahre 1215 geschrieben seyn könne, völlig hinwegfällt; ja man könnte sogar dafür halten, daß er deßhalb früher verfaßt sein müsse, weil, wenn er nach jenem Concil entstanden wäre, die gedachte Stelle nicht hinweg geblieben sein würde. Nur beiläufig sei es noch erwähnt, wiewohl es nicht ohne Bedeutung ist, daß die Zählungsart der Verwandtschaft des Sachsenspiegels die des ältern canonischen Rechts ist, vermöge der man „nicht die Kinder der Stammeltern als erste Generation bezeichnete, sondern erst mit den Enkeln die Gradzählung begann.“ Von dieser ging man aber im 12ten Jahrh. wieder ab, so daß sie auch der Schwabenspiegel nicht mehr anwendet [1]). Indeß begnügen wir uns vorläufig damit, daß es durch die eigenthümliche Beschaffenheit der Quedlinburger Handschrift dargethan ist, daß der Sachsenspiegel vor 1215 geschrieben sein könne, was man früher, ehe man die Bedeutung jener Handschrift ermittelt hatte, nicht glaubte. Der Einwand nämlich, daß der Sachsenspiegel trotz dem erst in dem folgenden Jahrhundert geschrieben seyn müsse, weil Eicke von Repgow

1) Sydow, Erbrecht nach dem Sachsenspiegel, S. 123 u. 124.

und Hoyer von Falkenstein urkundlich in dieser Zeit vorkommen, ist theils wohl in jener Abhandlung beseitigt, theils deshalb nicht erheblich, weil es gar nicht erwiesen ist, daß Repgow wirklich der Verfasser sey [2]).

Daß der Sachsenspiegel frei von dem Einflusse des römischen Rechts ist; daß er Manches enthält, was an frühere Jahrhunderte, selbst an Bestimmungen der Capitularien erinnert, mag allerdings zur Entscheidung der Frage, ob seine Abfassung gegen das Ende des 12. Jahrh., oder in das erste Viertheil des 13. Jahrh. fällt, wenig beitragen. Allein wenn man sich seinen ganzen Inhalt als das Gesammtrecht einer gewissen Zeit, oder auch manche einzelne Bestimmungen und Grundsätze desselben vergegenwärtigt, fühlt man sich dadurch, wenigstens ist es bei uns der Fall und wird es immer mehr, weit mehr in die Zeit des Ausganges des 12. Jahrh. als in die des 13. versetzt. Dies freilich als einen Totaleindruck nachzuweisen, erforderte eine vollständige Begründung des Gesammtrechts des Sachsenspiegels im Zusammenhange mit dem bürgerlichen und öffentlichen Leben jener Tage, die natürlich hier nicht gegeben und erwartet werden kann. Wir müssen uns hier also damit begnügen, Einzelnheiten hervorzuheben, deren noch mehrere aufzufinden, Andre im Stande seyn werden.

Im Allgemeinen weisen wir nur noch auf die oft vorkommende Uebereinstimmung des Sachsenspiegels mit den Burchardi episc. Wormat. statuta et leges familiae S. Petri v. 1024 [3]) hin, die, wenn sie gleich nicht als Beweis für die Entstehung jenes im 12. Jahrh. angeführt werden kann und soll, doch eher für eine frühere als spätere Abfassung des Sachsenspiegels sprechen dürfte, und, da sie wohl noch wenig beachtet worden ist, hier beiläufig angemerkt werden soll. Es stimmen nämlich folgende Stellen beider Quellen überein, oder stehen doch in naher Berührung mit einander. Sachsensp. I. a. 7. vergl. Burchard. a. 19. über das Abschwören außergerichtlicher Verträge. Sachsensp. I. a. 21. Burchard. a. 1. Leibgedinge. Sachsensp. I. a. 24. S. 3. Burchard. a. 10. operata pecunia. Sachsensp. I.

---

2) Vergl. jedoch Eichhorn teutsche Staats- u. R. G. §. 279. n. i.

3) Walter corp. jur. germ. III. p. 775.

a. 31. v. 1. **Burchard.** a. 1. Erbrecht der Frau. Sachsensp. I. a. 38. **Burchard.** a. 20. 30. 32. Rechtlosigkeit. Sachsensp. II. a. 13. **Burchard.** a. 20. Diebstahl.

Eichhorn, der der gewöhnlichen Ansicht über die Zeit der Entstehung des Sachsenspiegels getreu geblieben ist, zeigt besonders in der neuen Ausgabe der Rechtsgeschichte §. 337. an mehreren Stellen, daß die Ansicht unsres Rechtsbuches über ständisches Wesen nicht nur von der andrer Rechtsbücher, was bekannt ist, theilweis abweiche, sondern vorzüglich, worauf es hier ankommt, daß die Bestimmungen des Sachsenspiegels dem Ausgange des 12. Jahrh. als geltendes Recht angehören, eine Ansicht, die ebenso wegen ihres Begründers, als deshalb alle Beachtung verdient, weil Eichhorn gleichwohl die Abfassung des Sachsenspiegels, wovon er anderwärts handelt, erst in das 13. Jahrh. setzt. In Bezug also auf die so wichtigen, raschen Abänderungen unterworfenen ständischen Rechtsverhältnisse entging es diesem tiefen Kenner des deutschen Rechts nicht, daß sie, wie sie unsre Quelle darstellt, mehr dem 12. als dem 13. Jahrh. eigen erscheinen. Da nun der Sachsenspiegel das Recht seiner Zeit geben will, so weist uns dieser Umstand auf das 12. Jahrh. als die Zeit der Entstehung des Rechtsbuches allerdings hin.

Es ist bekannt, mit welcher Heftigkeit zur Zeit der Hohenstaufen und später die Frage verhandelt ward, ob die beiden Schwerter als Zeichen der höchsten Gewalt unmittelbar von Gott dem Pabste und dem Kaiser, oder nur jenem verliehen seyen, so daß sie dieser nur lehnsweise vom Pabste erhielt, folglich dem Rechtssysteme nach unter ihn gestellt erscheine. Mehrfache Untersuchungen in unsrer Zeit haben wohl soviel ausgemittelt, daß diese Streitfrage auch in jener Zeit, wo sie praktisch war, von den Anhängern des Pabstes anders entschieden ward, als von denen des Kaisers, daß somit weder die eine noch die andre Ansicht je die allgemein ohne Widerspruch anerkannte gewesen ist, und daß dabei jederzeit viel von dem persönlichen Uebergewichte des Papstes oder des Kaisers abgehangen habe. Es ist auch so viel gewiß, daß sie, als sie zuerst von den Päbsten aufgestellt wurde, schärfern Widerspruch erfuhr und weniger Anklang fand, als später im 13. Jahrhunderte. Friedrich I. und seine Zeitgenossen waren es insbesondere, die sich einer solchen Unterwürfigkeit des

Kaisers unter den Pabst (man erinnere sich nur an den bekannten Streit über den vom Pabste gebrauchten Ausdruck: beneficium) mit aller Kraft entgegenstellten [4]). Wichtig ist es daher, daß, während namentlich der Schwabenspiegel, Vorrede §. 9. 10. (Berger) das Lehnsverhältniß des Kaisers zum Pabste anerkannt, der Sachsenspiegel gleich mit der entgegengesetzten ältern Ansicht beginnt [5]), woraus ebenfalls auf sein Entstehen im 12. Jahrh. geschlossen werden muß. Und auch hier berufen wir uns auf die Auctorität Eichhorns [6]), indem er, die gedachte Frage verhandelnd, ausdrücklich über die Ansicht des Sachsenspiegels bemerkt: „Dies war die Stellung des Kaisers dem Papste gegenüber, welche Friedrich I. geltend machte." Es läßt sich daher wohl annehmen, daß, wenn der Sachsenspiegel zu einer Zeit geschrieben wäre, in der die andere Ansicht die verbreitetere war, wie später, er diese auch aufgestellt haben würde.

Der Sachsenspiegel kennt insbesondere das Bergregal noch nicht.

Die viel bestrittene Stelle des Sachsenspiegels I. a. 35. weiß nach der allein richtigen Auslegung von der Regalität des Bergbaues durchaus nichts, sondern giebt der königlichen Gewalt nur auf den Schatz (thesaurus) ein Recht. Im §. 2. ist vom Silber als einem Fossile die Rede, und das Abbauen dieses betrachtet der Sachsenspiegel als ein Nutzungsrecht des Grundeigenthümers, welches letzterer auch Andern überlassen kann, wie dies von Alters her Rechtens war [7]). Die weiteren Beweise für

4) Weiske de sept. clyp. mil. p. 34 sq. — Luden Geschichte des deutschen Volks. Bd. 10. S. 450. u. ff.

5) b. I. a. 1. Tvei svert lit got in ertrike to bescermene de kristenheit. Deme pavese is gesat dat geistlike, deme Keisere dat wertlike.

6) a. a. O. §. 286.

7) Vergl. z. B. Hüllmann Gesch. der Regal. S. 64. und auch den Schwabenspiegel c. 222. (Senckenberg), der sich hier deutlicher noch als der Sachsenspiegel ausdrückt.

die Richtigkeit dieser Ansicht gedenken wir zu seiner Zeit anderwärts zu liefern, und lassen sie hier nicht folgen, um nicht zu weitläufig zu werden.

Die Kaiser aber suchten, namentlich seit Friedrich I., das Bergregal gegen das bisherige Recht geltend zu machen, womit sie auch allmählig im Allgemeinen bekanntlich durchdrangen. Indem nun der Sachsenspiegel die selbst von Friedrich I. z. B. 1189 ausdrücklich, noch mehr aber von den folgenden Kaisern in Anspruch genommene Regalität nicht als geltendes Recht anerkennt, spricht dies nicht wenig für seine frühere Entstehung. Erinnert man sich noch an die am Ausgange des 12. Jahrhunderts wegen der Regalität des meißnischen Bergbaues mit den Kaisern gepflogenen Händel, so könnte man in der That nicht einsehen, wie der Verfasser jene Ansicht hätte niederschreiben können, wenn sein Werk erst zu Anfang des 13. Jahrh. entstanden wäre, da ihm schon aus örtlicher Rücksicht jene Vorgänge nicht unbekannt bleiben konnten. Als nämlich der meißnische Bergbau auf dem Gebiete des Abtes von Celle etwa 1169 entdeckt worden war, erwarb der Markgraf Otto der Reiche die Ortschaften, in deren Fluren der Bergbau betrieben ward, und dies unleugbar aus dem Grunde, weil damals das Betreiben des Bergbaues als ein Ausflußrecht des Grundeigenthums galt, denn wäre es Regal gewesen, so hätte der Markgraf jene Erwerbung nicht nöthig gehabt. Otto betrieb nun auch den Bergbau, wurde aber von Friedrich I. genöthigt, weil dieser die Regalität des Bergbaues geltend zu machen begann, sich mit dem meißnischen Bergbau als einem Regal belehnen zu lassen. Wann diese Belehnung erfolgt sey, ist unbekannt, Otto erwähnt sie aber in einer Urkunde von 1185 ausdrücklich, ja es scheint auch, als habe Friedrich I. den Bergbau als Regal selbst ausüben wollen. Gewiß aber ist es, daß Heinrich VI. trotz jener Belehnung mit dem Bergregal Ansprüche auf den meißnischen Bergbau machte, und sogar Meißen namentlich Freiberg, 1196 mit Truppen besetzte [8]).

8) Chronic. Citicense: hanc molestiam propter fodinas in Freiberg passus est, quas imperator libenter habuisset. Vergl. (Klotzsch) Ursprung der Bergwerke in Sachsen.

Zugleich ist es noch bemerkenswerth, daß der Sachsenspiegel von der sich damals bildenden Regalität auch in Bezug auf andere Gegenstände und Verhältnisse fast noch gar nichts weiß. So erscheint ihm die Jagd, außer in den Bannforsten, noch als frei II. a. 61.[9]). Stromweis fließendes Wasser ist für Fischerei und Schifferei Jedermann gemein II. a. 28. §. 4. vergl. II. a. 61. §. 1., und die königliche Gewalt hat darauf keine Rechte, wenn schon des Königs Straße zu Wasser und zu Lande steten Frieden haben soll. II. a. 68.

Der Sachsenspiegel stellt die Wahl der Bischöfe noch als durch den Kaiser beschränkt dar.

Wir haben somit also schon mehrere Rechtsgrundsätze des Sachsenspiegels hervorgehoben, welche die Abfassung desselben in die Zeit Friedrichs I. verweisen, und wir glauben, daß eben dadurch der von uns in jener Abhandlung als Hauptgrund geltend gemachte, nämlich der, welcher sich auf die Belehnung der Bischöfe bezieht, insofern an Bedeutsamkeit gewinnen müsse, als er durch andre Stellen, die auf dasselbe Zeitalter hinweisen, unterstützt wird, und eben dieses Zusammenwirken im Gegensatze zu dem Vereinzeltstehen seine Beweiskraft erhöht. Die Stelle selbst lautet so: Svenen man küset bischopen oder ebbede oder ebbedischen, die den herschilt hebben, dat len solen sie vore untvan unde die bisorge na. Svenen sie dat len untvangen hebben, so mogen sie lenrecht von unde nicht er. — §. 2. Svar man bischope oder ebbede oder ebbedischen nicht en küset bynnen ses weken, dar die lenunge an den keiser gat, he liet it sveme he wel, die sik redelike gehandelet heuet (III. a. 59.). Dessen ungeachtet läßt es sich nicht verkennen, daß die in Frage stehende Ansicht über die Belehnung der Bischöfe, obschon sie recht eigentlich an die Zeiten Friedrichs I. erinnert [10]), und der Abfassung des Sach-

---

9) Vergl. Stieglitz die Eigenthumsrechte an Wald und Jagd. S. 72.

10) Ludewig reliq. mscript. T. II. p. 447. — Weiske Abhandl. S. 39. — Luden Gesch. d. deutschen Volks. Bd. 11. S. 194.

senspiegels nach 1209 (Otto IV.) oder 1213 (Friedrich II.) entgegentritt, uns mit weniger Sicherheit gestattet, die Entstehung des Rechtsbuches in die Lebensjahre Friedrichs I. zu setzen, als die vorher gedachte über die Unkenntniß von der Existenz eines Bergregals.

Was nämlich die Bestimmung betrifft, daß der Kaiser die Bischöfe und Aebte vor der Consecration mit den Regalien belehnen solle, so lassen wir es dahin gestellt seyn, ob dies das Wormser Concordat von 1122 feststellte, und ebenso auch ob Lothar II. 1125 dem Rechte auf die Belehnung vor der Consecration entsagte [11]). Gewiß ist es, daß namentlich Friedrich I. und sein Zeitalter die Meinung des Sachsenspiegels als die wirklich giltige ansah, daß sie aber ebenso nach den Zugeständnissen, die Otto IV. und Friedrich II. in den gedachten Jahren in Angelegenheit der Bischofswahlen dem Pabste gemacht hatten, nicht mehr als practisch und zur Anwendung kommend gelten konnte. Diese Zugeständnisse der gedachten Kaiser bestanden nämlich darin, daß letztere den mißbräuchlich geübten Einflüssen auf die Wahlen der Bischöfe und Aebte entsagten, und versprachen, diese Handlungen völlig frei und rein canonisch geschehen zu lassen [12]). Dieselben Bestimmungen sind auch in die goldne Bulle von Eger v. 1213 übergegangen [13]). Wenn nun in diesen Urkunden überhaupt nur von mißbräuchlichen Gewohnheiten, die sich auf den Einfluß beziehen, welchen Laien und namentlich die Kaiser auf jene Wahlen übten, die Rede ist, so sind damit unleugbar die gemeint, welche der Sachsenspiegel als geltendes Recht erwähnt, womit jedoch nicht in Abrede gestellt werden soll, daß es auch noch andre gegeben haben mag. Denn einmal erschien es dem Pabste und der Kirche gewiß als ein solcher, daß die Kaiser das Recht in Anspruch nahmen, die Prälaten eher zu belehnen,

11) Olenschlager a. a. O. Anhang. Nr. 8. S. 23.

12) Rainald ad an. 1209. Nr. 10. Registr. rep. 189. — Staudenmaier Geschichte der Bischoffswahlen. 1830. S. 248. — Hurter Geschichte des Pabst Innocenz III. und seiner Zeit. 1834. Bd. II. S. 161 u. fgg — Luden Geschichte des deutschen Volks. Bd. 12. S. 243.

13) Goldast col. con. imp. T. I. p. 289.

als sie consecrirt waren, weil dadurch der weltlichen Handlung eine höhere Bedeutung beigelegt wurde als der geistlichen, und weil dadurch zugleich auch der Pabst in der Ausübung des Rechts der Bestätigung beeinträchtigt ward, denn wen der Kaiser einmal belehnt hatte, den mußte der Pabst schon bestätigen und consecriren lassen; folglich ward die Befugniß der rein canonischen Wahl beschränkt [14]).

Dafür, daß der Sachsenspiegel auch in Bezug auf den Rechtssatz: daß die Prälaten, erst wenn sie die Belehnung empfangen haben, Lehnrecht ausüben dürfen, das geltende Recht seiner Zeit enthält, führen wir noch an, daß, als Bischof Hartwig zu Regensburg 1155, ohne vom Kaiser mit den Regalien belehnt zu seyn, seinen Vasallen die Lehne reichte, er und sie eine Lehensemende erlegen mußten [15]).

Noch mehr aber steht die andre Bestimmung des Sachsenspiegels **III. a. 59. §. 2.** der freien Wahl entgegen und bezieht sich zunächst wohl auf das Recht des Kaisers; bei einer streitigen der Besetzung des Bisthums oder der Abtei mit einem Bischoff oder Abt selbst vorzunehmen, dem aber ebenfalls Otto IV. und Friedrich II. entsagten, wie sich aus den oben angeführten Urkunden ergiebt. Jenes Recht übte Friedrich I. z. B. nach dem Tode des Erzbischofs Hartwig von Bremen 1168 [16]). Uebrigens läßt die Stelle selbst verschiedene Auslegungen zu. Sie kann nämlich so viel sagen: Ist nach 6 Wochen kein Bischof erwählt (gewiß zunächst deshalb, weil man sich über den zu Wählenden nicht vereinigen konnte), so hat der Kaiser das Recht zur Besetzung und er giebt die Stelle, wem er will. Sie kann aber auch den Sinn haben: Nach sechs Wochen belehnt der Kaiser mit den Weltlichkeiten, ist aber dann noch kein Bischof erwählt, so leihet er die Weltlichkeiten wem er will [17]). Bei Bouquet findet sich die Entscheidung eines Falles durch Friedrich I. von 1167. Ich bedaure, diese Stelle jetzt nicht nachschlagen zu

14) Wegen des Wortes Visorge vergl. jedoch Homeyer Sachsenspiegel, Register S. 295.

15) Otto Frising. II. 29.

16) Alb. Stad. ad an. 1168. c. 291.

17) Bouquet script. gall. Vol. XV. p. 694.

können, weil sich aus ihr der richtige Sinn des Sachsenspiegels ergeben würde. Zudem kommen beide Auslegungsarten wohl in der Wirklichkeit überein, denn wen der Kaiser mit den Weltlichkeiten beliehen hat, den mußte dann auch das Capitel nothgedrungen wählen. Der Sachsenspiegel erkennt also dem Kaiser jedenfalls so wichtige Rechte bei der Wahl der Bischöfe und Aebte zu, als Friedrich I. wirklich geltend machte, keineswegs aber Otto IV. und Friedrich II., die vielmehr, wie bereits bemerkt wurde, jenen Vorrechten entsagten.

Während endlich der Sachsenspiegel die Wahl innerhalb sechs Wochen schon verlangt, bestimmt das vierte lateranensische Concil von 1215, daß dieselbe erst innerhalb drei Monaten vorgenommen werden solle [18]), was abermals als ein Beweis dafür erscheint, daß der Sachsenspiegel wenigstens nicht nach diesem Concil entstanden seyn könne.

Der Sachsenspiegel enthält den Reichsgesetzen von 1187 und 1220 entgegenstehende Bestimmungen.

Der erste Landfriede Friedrichs I., dessen Entstehen nach Ort und Zeit [19]) nicht genau bekannt ist, enthält zwar mehrfache Bestimmungen, welche mit denen des Sachsenspiegels verwandt, dennoch nicht der Art sind, daß sie theils wörtlich, theils dem vollen Sinne nach aus jenem Reichsgesetz genommen seyn könnten; nur als Ausnahme erscheint daher die völlige Uebereinstimmung des letzten Artikels jenes Gesetzes mit Sachsenspiegel II. a. 68., wo von dem Rechte eines zu Pferde Reisenden die Rede ist, Korn auf dem Felde für das hungernde Pferd schneiden zu dürfen [20]). Hiernach müßte der Verfasser des Sachsenspiegels jenes Reichsgesetz gekannt haben. Und doch treten uns Bedenklichkeiten entgegen. Der Artikel ist der letzte des Gesetzes, könnte

---

18) c. 41. X. de electione 1. 6.

19) Nach Böhmer, die Reichsgesetze von 900—1400. S. 7. zwischen den Jahren 1155—1189.

20) Vergl. Grimm Rechtsalterthümer S. 400.

folglich leicht ein späterer Zusatz seyn. Auffallend ist es nämlich gewiß, daß der Sachsenspiegel hier das Reichsgesetz vollständig und wörtlich wiedergiebt, durchaus aber auf die übrigen Bestimmungen nicht gleiche Rücksicht nimmt. Ein späterer Zusatz kann er jedoch deshalb schwerlich seyn, weil er sich II. f. 27. §. 40. wörtlich wieder findet. Dann wäre es ja auch möglich, daß obige Bestimmung durch einen ausgezeichneten Fall, durch ein besondres Rechtsurtheil in's Daseyn gerufen worden wäre, welches dem Verfasser des Sachsenspiegels bekannt, von ihm in seine Sammlung aufgenommen und erst später als Reichsgesetz ausdrücklich erklärt worden wäre. Wie dem aber auch sey, und selbst zugegeben, daß der Verfasser des Sachsenspiegels obige Bestimmung erst aus dem Landfrieden entlehnte; jener könnte deshalb doch noch seiner Entstehung nach dem 12. Jahrhunderte, ja sogar den früheren Regierungsjahren Friedrichs I. angehören, da das Alter des Landfriedens unbestimmt ist. Die übrigen Stellen, welche jenes Gesetz und den Sachsenspiegel in eine gewisse Berührung bringen, sind, wie sie auch Homeyer bei den einzelnen Artikeln, wohl aber auch nicht in der Meinung, daß sie aus jenem Gesetz entnommen seyen, erwähnt, folgende: Landfr. a. 1. Sachsensp. I. a. 64. — Landfr. a. 3. Sachsensp. II. a. 14. §. 2. 16. §. 2. — Landfr. a. 6. Sachsensp. II. a. 41. — Landfr. a. 8. Sachsenspiegel II. a. 72. — Landfr. a. 9. 10. Sachsensp. II. a. 42. — Landfr. a. 13. Sachsensp. I. a. 51. §. 4. — Landfr. a. 17. Sachsenspiegel II. a. 62. §. 2. — Landfr. a. 21. Sachsensp. II. a. 13. §. 5.

Mag nun der Verfasser des Sachsenspiegels diesen Landfrieden gekannt haben oder nicht, so glauben wir doch nachweisen zu können, daß ihm der Reichsabschied Friedrichs I. von 1187 unbekannt war. Wenn sich auch in beiden Rechtsquellen verwandte Rechtsideen vorfinden, so berechtigt dies keineswegs dazu, anzunehmen, daß sie der Verfasser des Sachsenspiegels aus jenem Reichsabschiede geschöpft habe, wie dies wohl keines weitern Beweises bedarf. Wir werden auch gleich angeben, worin jene Berührungspunkte bestehen, wie sie aber auch durchaus nicht der Art sind, daß sie in den Sachsenspiegel nur aus jenem Reichsgesetz übergegangen seyn könnten. Ueberhaupt kann es ja zur Bestimmung des Alters einer Rechtsquelle nichts beitragen, wenn sie mit einer

andern von einem vollkommen bekannten Alter in solchen allgemeinen Rechtsgrundsätzen zusammentrifft, die einem ganzen Zeitalter eigen sind. Nur dann kann man das ungewisse Alter einer Quelle durch das einer andern von bestimmtem Alter ermitteln, wenn die Form der Abfassung, oder die eigenthümliche Art der Auffassung einer Rechtsidee eine von einander unabhängige Entstehung nicht wohl denken läßt, oder wenn die Quelle, deren Alter bestimmt ist, anerkannt einen Grundsatz oder ein Institut zum ersten Male erwähnt, welches sich nun auch in der von unbestimmtem Alter findet u. s. w.

Der fragliche Reichsabschied beschäftigt sich fast ausschließlich mit den Brandstiftern und ihrer Bestrafung, wobei einschlagende Institute mit erwähnt werden. Der Brandstifter soll zunächst in die Acht erklärt werden, wobei das weitere Verfahren angegeben wird. Von alle dem weiß der Sachsenspiegel gar nichts; er erwähnt II. a. 13., daß Mordbrenner gerädert, andere Brandstifter aber enthauptet werden sollen; ein Unterschied, dessen wiederum in dem Reichsabschiede §. 7. nicht gedacht ist. Abgesehen davon, daß der Sachsenspiegel zu denen, welche geächtet werden, die Brandstifter nicht mitrechnet, geben beide Quellen auch verschiedene Arten an, wie man sich von der Acht befreien kann. Der Reichsabschied sagt §. 4., daß der Geächtete, die Grenzen des Reichs in Jahr und Tag nicht zu betreten, schwören solle, der Sachsenspiegel dagegen bezeichnet III. a. 34. §. 1. 2. ein ganz anderes Verfahren.

Ob es schon ein seit der Zeit der Capitularien anerkannter Grundsatz ist, daß sich die geistliche und weltliche Macht unterstützen solle, und dies auch vom Sachsenspiegel I. a. 1., III. a. 63. §. 1. und von dem Reichsabschiede von 1187 §. 3. anerkannt wird, so ist doch die Verbindung der Acht und des Bannes, so daß Eines dem Andern folgen solle, spätern Ursprungs, und findet sich erst seit dem Ende des 12. Jahrhunderts. Auch die libri feudorum wissen von jener Verbindung noch nichts [21]). So oft der Sachsenspiegel von der Acht und ihren Folgen spricht, so erwähnt er sie doch ohne jene Verbindung, und deutet nur in

---

21) So heißt es II. f. 28. pr. excommunicatus vel a rege bannitus; vergl. II. f. 27. §. 6.

einer Stelle (III. a. 63. §. 2.) an, daß dem Banne auch die Acht folgen könne, was ganz natürlich ist. Nach dem Reichsabschiede von 1187. §. 4. verhält sich dies aber anders, indem es hier heißt: Si quis a praescriptione et excommunicatione non fuerit absolutus, infra annum et diem, universo iure, honore et legalitate, privatus habeatur. Von der Acht sagt der Sachsenspiegel I. a. 38. §. 2. zwar dasselbe, jedoch ohne sie mit dem Bann in Verbindung zu bringen [22]). Während ferner der Reichsabschied von 1187. §. 14. bestimmt: ut si quis vineas aut pomeria exciderit, praescriptioni et excommunicationi subjiciatur, verordnet der Sachsenspiegel I. a. 21. §. 2. bei Gelegenheit des Rechtes der Wittwe am Leibgedinge, daß sie dessen verlustig werde, wenn sie Obstbäume umhaue, ohne keiner weitern Folge zu gedenken; und nach II. a. 28. §. 2. wird Baumfrevel dieser Art überhaupt mit 30 Schillingen bestraft. Endlich kann zwar der Reichsabschied von 1187. §. 12. zur Erläuterung des Sachsenspiegels I. a. 40. in Bezug auf Treulosigkeit benutzt werden, es ist aber gar kein Grund vorhanden, diesen aus jenem herzuleiten, und noch weniger ist dies der Fall in Bezug auf den Sachsenspiegel II. a. 72. verglichen mit dem Reichsabschiede §. 8. 10.

Wie uns überhaupt der ganze Inhalt des Sachsenspiegels weit mehr auf die Zeit Friedrichs I., als auf die seines Enkels Friedrichs II. hinweist, so finden wir auch in den Gesetzen jenes weit mehr den Geist und das Zeitalter des Sachsenspiegels wieder, als in denen Friedrichs II. Die bekannte Constitution des Letztern von 1220 enthält namentlich in Bezug auf den Bann Bestimmungen, die denen des Sachsenspiegels entgegenstehen, und offenbar einer spätern Zeit angehören. In dem §. 7. jener Constitution ist es nämlich ausdrücklich ausgesprochen, daß der Bann des Bischofs auch die Wirkung haben solle, von Zeugen, Urthelfinden und Klagen vor Gericht auszuschließen, sowie daß, da sich die geistliche und weltliche Macht unterstützen müsse, wenn der in Bann Gethane sich innerhalb sechs Wochen nicht von demselben befreie, er jedesmal in die Acht fallen, und aus ihr nicht eher

22) Vergl. J. Weiske Abhandlung S. 40. n. 1. und die gleich folgenden Bemerkungen zu dem Gesetz Friedrichs II. von 1220.

gelassen werden solle, als bis er aus dem Bann sey. Dagegen sagt aber der Sachsenspiegel III. a. 63. §. 1. zwar auch, daß sich die geistliche und weltliche Macht unterstützen solle, wie schon angeführt wurde, bemerkt aber sofort im §. 2., daß der Bann nur der Seele schade, nicht aber auch das Landrecht kränke. Nach jener Constitution soll jedoch der Bann gerade die Wirkung haben, daß er das Landrecht kränkt, indem der, welchen er trifft, vor Gericht nicht klagen, zeugen und Urthel finden kann. Daß es endlich II. a. 63. §. 2. heißt, der Gebannte dürfe vor dem geistlichen Gericht nicht klagen und zeugen, beweist gar nichts gegen Obiges, weil die Stelle in der Quedlinburger sowie andern Handschriften fehlt; dies deutet also vielmehr auf eine frühere Zeit der Abfassung des Sachsenspiegels.

In gleicher Weise spricht der §. 9. jener Constitution dafür, daß dieselbe jünger ist, als jener. Während nämlich derselbe III. a. 60. §. 2. ganz einfach sagt, daß dem König in jeder Stadt, in die er kommt, Münze und Zoll ledig sey, heißt es dort, daß, wenn der König in eine Stadt der geistlichen Fürsten komme und Hof halte, seinen Beamten acht Tage vorher und eben so lange nachher Münze und Zoll ledig seyn solle; für jeden andern Fall und jede andere Zeit untersagt aber Friedrich II. die Ausübung dieser Befugniß nachdrücklich, und zwar, wie er bemerkt, nach dem Beispiele Friedrichs I. Es versteht sich aber, daß der Kaiser dieses Recht während der Hofzeit selbst ausübte. Friedrich I. hatte folglich schon, wann und wo ist unbekannt, die Anmaßungen seiner Beamten verboten, und man darf somit wohl schließen, daß der Verfasser des Sachsenspiegels auch vor diesem Befehle sein Werk niederschrieb, wenn man nicht annehmen will, daß derselbe ihm unbekannt geblieben sey. Es ergiebt sich daraus zugleich auch, daß der Verfasser des Rechtsbuches nur anerkanntes Recht, nicht eingerissene üble Gewohnheiten berücksichtigt, denn jene Anmaßung kam gewiß auch schon zu seiner Zeit vor. Hätte er die gesetzliche Feststellung des Kaisers in Bezug auf jenes in Anspruch genommene Recht der Beamten gekannt, so würde er dies nicht übergangen haben.

In Hinsicht endlich auf die andere bekannte Constitution Friedrichs II. von 1232 erwähnen wir nur mit kurzen Worten, daß sie noch weniger etwas enthält, was der Sachsenspiegel

5*

benutzt hat; vielmehr finden wir in ihr da, wo sie Rechtsgegenstände erwähnt, von denen der Sachsenspiegel auch handelt, daß sie andre Ansichten als unser Rechtsbuch hat. Man vergl. deshalb II. a. 26. wegen des Markts und der Münze, II. a. 27. §. 2. wegen des Geleites, III. a. 66. §. 1. 2. wegen der Bannmeile und Burg.

Der Sachsenspiegel weiß nichts von dem Sturze Heinrichs des Löwen.

Ist es somit nicht unwahrscheinlich, daß der Sachsenspiegel unter Friedrich I. verfaßt wurde, so wird die Frage, die zugleich auch zur genauen Zeitbestimmung dient, noch wichtig, ob er vor oder nach dem Sturze Heinrichs des Löwen entstanden sey.

Es scheint zwar fast, als habe der Verfasser unsres Rechtsbuches geflissentlich Alles vermieden, woraus sich die Zeit seiner Entstehung abnehmen läßt, wie die Nennung bestimmter Personen &c., und als habe er sich mit Absicht von Erwähnung der Zeitereignisse fern gehalten, um nur das Recht, entbunden von der Beziehung zu gewissen Zeiten und Personen, darzustellen; und so könnte man auch glauben, daß er aus gutem Vorbedacht jede Anspielung auf das gedachte, höchst wichtige politische Ereigniß hinweggelassen habe, daß folglich der Sachsenspiegel trotz der Nichterwähnung des Sturzes Heinrichs des Löwen nach demselben erst entstanden sey. In der That ist es auch wohl kaum möglich, etwas Unwiderlegbares für die eine oder andre Ansicht vorzubringen, obwohl vielleicht die speciellste Kenntniß der Geschichte jener Tage Genaueres zur Entscheidung unsrer Frage beitragen könnte. —

Die Andeutung, welche sich III. a. 53. 23) über die Abnahme der herzoglichen Gewalt findet, scheint sich aller-

---

23) Iewelk düdesch land heuet sinen herthogen vnde palenzgreuen, sassen, beieren, vranken vnde svauen. Dit waren alle koninge; seder wandelde man yn den nemen vnde hiet sie herthogen, seder sie

dings auf den ersten Anblick auf den Sturz Heinrichs des Löwen zu beziehen, und ist auch auf ihn bezogen worden. Dem ist aber durchaus nicht so. Was sich der Verfasser des Sachsenspiegels dabei gedacht habe, daß die Herzöge früher Könige gewesen seyen, lassen wir auf sich beruhen, und wollen den geschichtlichen Werth dieses Ausspruchs nicht weiter verfolgen, wenn schon Sagen aus der frühern Zeit des noch unbezwungenen Sachsens dazu Anlaß gegeben haben können, so wie auch die Geschichte Bayerns. Wenn er aber sodann fortfährt, und es als eine zweite Verringerung der herzoglichen Gewalt hervorhebt, daß den Herzögen die Kaiser die Verleihung der Fahnenlehen und überhaupt die fürstlichen Vasallen entzogen hätten, so irrt man sich sehr, wenn man glaubt, daß sich dies auf den Sturz des großen Sachsenherzogs beziehe. Wie könnte er dann so allgemein von den Kaisern im Gegensatze zur Achtserklärung Heinrichs des Löwen durch Friedrich I. sprechen, und überhaupt als von einer Handlung, welche sich im Laufe der Zeit nach und nach ereignete? Wie könnte er auch ferner dies zunächst nur persönliche Ereigniß als eine Thatsache betrachten, durch welche dem Herzogthume im deutschen Reiche überhaupt die wichtigsten Rechte entzogen worden wären, wenn der Verfasser auch schon bei der Darstellung der Rechtsverhältnisse des Reichs von Sachsen zunächst ausging [24])? Auch finden wir durchaus nicht, daß, als Heinrichs Herzogthümer wieder besetzt wurden, seinen Nachfolgern bestimmte wichtige Reichsrechte entzogen worden wären, obschon namentlich in Sachsen eine Verminderung der herzoglichen Macht überhaupt durch die Umstände sowohl, als durch die Person des Nachfolgers herbeigeführt wurde. Allerdings mögen in der frühern Periode, wo das Beamtenverhältniß noch mehr das Uebergewicht über das Lehnswesen hatte, die Herzöge die höchsten Reichsämter verliehen, die Grafen installirt und Fürsten zu Vasallen gehabt haben [25]); allein schon lange vor der Zeit der Abfassung des Sachsenspiegels hatte sich hier in das reichsrechtliche

die romere bedvngen; doch behilden sie die vorsten to manne. Seder hebben yn die keisere beide vorsten len vnde van len afgebroken.

24) Vergl. Eichhorn deutsche St. u. R. G. §. 179.

25) Eichhorn a. a. O. §. 300.

Herkommen zu einem ganz andern ausgebildet, indem alle Fahnenlehen den Fürsten nur von dem Kaiser geliehen wurden[26]), auch nach der Heerschildverfassung die Herzöge mit den übrigen weltlichen Fürsten sich in demselben Heerschilde befanden[27]), folglich Letztere nicht Vasallen Jenes seyn konnten. — Die Fahnenlehen überhaupt waren die, vermöge welcher die weltlichen Fürsten unmittelbar vom Kaiser ihr Reichs- oder Fürstenamt erhielten, welches aber nicht nothwendig in dem des Herzogsamtes bestand, da anerkannt auch das Lehen des Pfalzgrafen ein Fahnenlehen war[28]). Diejenigen, denen dergleichen Lehne geliehen waren, standen einander gleich, so daß sich auch die verschiedenen Grafen, z. B. Markgrafen, nicht unter der Gewalt des Herzogs, sondern, wie dieser selbst, unmittelbar unter der des Königs befanden. Die herzogliche Gewalt erstreckte sich daher über die Fürsten, die ebenfalls Fahnenlehen hatten, nicht mit. Ferner ist es bekannt, daß auch die Bischöfe Fahnenlehen erhielten, die aber nothwendig etwas Anderes bezeichnen, als geistliche Scepterlehen, und wir können daher denen nicht beistimmen, welche davon sprechen, daß der Kaiser den Bischöfen die Fahnenlehen mit dem Scepter geliehen habe, womit doch wohl angedeutet werden soll, daß die Lehen der Bischöfe ganz dieselben gewesen seyen, welche die weltlichen Fürsten als Fahnenlehen erhielten. Fahnenlehen, welche die Bischöfe bekamen, waren vielmehr weltlichen Fürsten entrissene, die auf die geistlichen übertragen wurden.

Wenn schon früher nun die weltliche Fürsten waren, welche ein Fahnenlehen vom König erhalten hatten, so erscheinen doch schon nach dem Sachsenspiegel die Nachkommen oder Familienglieder derer, welche ein Fahnenlehen hatten, auch ohne dasselbe als Fürsten, so daß dieser Titel in den Familien erblich zu werden begann. Deshalb werden von den Fürsten überhaupt die, welche Fahnenlehen haben, unterschieden; auch werden sie vorzugsweise Reichsfürsten genannt. Uebrigens mochten zur Zeit

---

26) Sachsensp. III. a. 58.

27) Das. I. a. 3.

28) Das. III. a. 62. §. 2.

des Sachsenspiegels noch nicht alle Nachkommen von Fahnenlehnenfürsten für Fürsten gelten, sondern nur die der Mächtigeren, und zwar wenn sie Vasallen des Kaisers, und nicht anderer Fürsten waren. Wenn es daher in jener Stelle des Sachsenspiegels heißt: die Kaiser haben den Herzögen nicht nur die Fahnenlehen, sondern auch die Fürsten als Vasallen abgebrochen, so konnte dies also nach den gedachten Grundsätzen, die der Verfasser des Sachsenspiegels über Fahnenlehen und Fürsten aufstellt, von ihm nicht auf den Sturz Heinrichs des Löwen bezogen werden; und übrigens ist es auch aus der Geschichte sattsam bekannt, daß die sächsischen Fahnenlehnenfürsten, z. B. Meißen, nie ihre Lehen von Heinrich dem Löwen empfangen haben. Bei jenem Abbrechen muß also an eine frühere Periode, und zwar an die gedacht werden, während welcher die Herzöge die Grafen installirten u. s. w. Wenn es sich somit ergiebt, daß jenes Abbrechen auf eine frühere Zeit bezogen werden muß, so wäre es doch höchst seltsam, wenn der Verfasser des Sachsenspiegels, da er einmal des Sinkens der herzoglichen Macht gedenkt, nicht auch auf irgend eine Weise den Sturz Heinrichs des Löwen erwähnt hätte, wenn er anders erst nach diesem Ereignisse schrieb.

Eben so wenig ist an irgend einer andern Stelle eine Anspielung auf dieses für Sachsen so wichtige Ereigniß zu finden. Vielmehr könnte man auch noch aus einigen andern Umständen schließen, daß der Sachsenspiegel noch vor dem Sturze Heinrichs verfaßt sey. Der Ascanier Bernhard nämlich, Sohn Albrechts des Bären, welcher die Grafschaft Aschersleben, als siebentes sächsisches Fahnenlehen besaß, und nach dem Sturze Heinrichs das Herzogthum Sachsen erhielt, nannte sich schon de Anhalt [29]). Ueberhaupt kommt seit dieser Zeit der Name Anhalt für Aschersleben schon gewöhnlich vor, wie er sich auch bis jetzt erhalten hat. Wenn daher der Sachsenspiegel doch noch jene Grafschaft Aschersleben und nicht Anhalt nennt, so deutet dies gewiß auf eine ältere Zeit hin. Bedenkt man noch, daß derselbe, wie man allgemein annimmt, in dieser Grafschaft entstanden ist, folglich der Verfasser ganz genau über ihr Verhältniß unterrichtet seyn mußte, so erscheint es in der That befremdend,

---

29) Beckmann Geschichte von Anhalt.

wenn er zu der Zeit sein Werk gearbeitet, als der Graf oder Fürst von Anhalt die Würde eines Herzogs von Sachsen bekleidete, und die Verbindung beider Fahnenlehen ganz mit Stillschweigen übergangen hätte. So kommt ja selbst auch der vermeintliche Verfasser unsers Rechtsbuchs, Eicke von Repgow, als anhaltischer, und nicht als ascherslebener Ritter und Schöffe in den Urkunden bekanntlich vor.

Ferner wird unter den sächsischen Fahnenlehen kein Bischof genannt, und doch ist es gewiß, daß nach dem Sturze Heinrichs des Löwen auch Bischöfe Fahnenlehen erhielten, wie sich dies schon aus der Vorrede[30]) zum Sachsenspiegel: von der Herren Geburt, ergiebt. — Dann wird auch III. a. 64. des herzoglichen Gewettes erwähnt, welches in einem Vorzuge vor dem der andern Fürsten besteht, was ebenfalls auch eher an die Zeit Heinrichs des Löwen, als die seines Nachfolgers erinnert. und das dort gedachte besondere Recht der Holsteiner u. s. w, kann sich wenigstens eben so gut auf jenen, wie auf diesen beziehen. Da endlich Holstein 1203 an den König von Dänemark fiel[31]), was auch Friedrich II. 1214 bestätigte, so kann darnach der Sachsenspiegel wenigstens nicht nach 1203 geschrieben seyn, indem dann Holstein nicht ausdrücklich als Theil des Herzogthums erwähnt worden wäre.

Wenn wir in der mehrgedachten frühern Abhandlung die Meinung aussprachen, daß der Sachsenspiegel nicht wohl vor 1180 geschrieben seyn könne, weil er den Sturz Heinrichs des Löwen andeute, und eine Bestimmung hinsichtlich des Eintritts in ein Kloster von Seiten eines verheuratheten Mannes erwähne, die sich ebenfalls erst unter dem gedachten Jahre in den Decretalen finde, so erklären wir dies hiermit für irrig, wie aus Obigem im Betreff Heinrichs hervorgeht, und sich in Rücksicht des andern Punktes aus mehreren Stellen des corp. jur. canon. ergiebt. Denn wenn sich schon die Bestimmung des Sachsenspiegels I. a. 25. §. 4. hinsichtlich des Klostereintritts eines Verheuratheten in c. I. X. de convers. conjug. (3. 32.) vom J. 1180

30) Homeyer S. 26.

31) Falk Handbuch des schleswig-holsteinschen Privatrechts I. S. 229.

findet, so ist dieselbe doch keineswegs in dem gedachten Jahre von der Kirche zuerst ausgesprochen worden, vielmehr schon Jahrhunderte altes Recht, wie dies z. B. aus c. 21. c. 27. 9. 2. vom J. 603 erhellt.

Wenn wir in jener Abhandlung, um dies gleich hier noch zu bemerken, darauf einigen Werth legten, daß in der Quedlinburger Handschrift das fehle, was in den übrigen von dem Dienstmannenrecht des Bischofs Wichmann von Magdeburg, welcher 1193 starb, gesagt wird [32]), woraus man folgern könnte, daß der Sachsenspiegel vor 1193 geschrieben seyn müsse, so ist dies unter der Voraussetzung, daß, wenn der Verfasser jenes Dienstmannenrecht gekannt, er es auch aufgenommen haben würde, richtig; eine Voraussetzung, die allerdings begründet seyn kann, aber doch der innern Nothwendigkeit ermangelt.

Die Erwähnung der Kurfürsten im Sachsenspiegel steht einem höhern Alter desselben nicht entgegen.

Der Artikel 57. §. 2. im dritten Buche, welcher bekanntlich von der Königswahl durch die Kurfürsten handelt [32a]), kann zwar nicht unmittelbar zur Begründung unsrer Ansicht benutzt werden; wohl aber hat man sich auf ihn berufen, um die Unwahrscheinlichkeit der Entstehung des Sachsenspiegels in der Zeit, welche wir für sie in Anspruch nehmen, darzuthun; ja

---

32) Sachsensp. III. a. 73.

32a) In des keiseres kore sal die erste sin die bischop von megenze; die andere die von trere; de dridde die von kolne. Vnder den leien is die erste anme kore die palenzgreue vonme ryne des rikes druzte; die andern die herthoge van sassen die marschalk; die dridde die marcgreue von brandeburch die kemerere. Die schenke des rikes die koning von behemen, die ne heuet nenen kore, vmme dat he nicht düdesch nis. Sint kisen des rikes vorsten alle, papen vnde leien. Die tome ersten anme kore genant sin, die ne solen nicht kiesen na iren motwillen, wenne sven die vorsten alle to koninge irwelt, den solen sie aller erst by namen kiesen. (In der zweiten Ausgabe von Homeyer findet sich hier eine auffallende Auslassung.)

neuerdings noch meint Luden[33]), daß unser Artikel auf die Zeit Rudolphs von Habsburg hinweise, und als vorläufigen Grund dafür giebt er[34]) Folgendes dafür an: „In dem Brautschatze der schönen Töchter dieses Königs scheint die Kurwürde gewesen zu seyn!" —

Die Ausbildung des Kurfürstenthums möchte noch einer besondern Untersuchung bedürfen, die wir allerdings hier nicht vorzunehmen beabsichtigen. Indeß können wir nicht umhin, Folgendes darüber zu bemerken. Abgesehen von märchenhaften Erzählungen, glauben wir doch den Ursprung der Kurfürsten früher annehmen zu müssen, als es von Manchen geschieht. Gewöhnlich sieht man nämlich zunächst auf das Vorkommen der sieben bekannten Kurfürsten, sowie darauf, daß sie allein als die Wählenden handeln. Beides, namentlich das Letztere, gehört allerdings einer spätern Zeit an, und findet wenigstens seine reichsgesetzliche Bestätigung erst in der goldnen Bulle Karls IV. Wie sich aber die meisten Rechtsinstitute und Grundsätze früher in Deutschland nur allmählig ausbildeten, so verhält es sich auch mit den Kurfürsten. Noch kommt dazu, daß das, was sich in dieser Hinsicht etwa als Rechtsgrundsatz geltend zu machen suchte, vermöge der oft so stürmischen oder zwiespältigen Wahlen nicht in Anwendung gebracht werden konnte, auch wohl uns von den Erzählungen jener Wahlhandlungen weniger sorgfältig aufbewahrt worden ist, als Anderes. Es ist nämlich unverkennbar, wenigstens seit dem Beginne des 12. Jahrhunderts festgesetzt worden, daß, ohne das Wahlrecht derer, welche es dem Herkommen nach hatten, aufzuheben, doch gewisse einzelne Fürsten auf irgend eine Art bestimmt wurden, welche nicht sowohl die ganze Wahlhandlung blos leiteten, als vielmehr eine Vorwahl vornahmen, so daß die Uebrigen nur einem von denen ihre Stimme geben konnten, welche jene gewählt und bezeichnet hatten. Es scheint aber anfänglich weder die Anzahl dieser Vorwähler eine bestimmte gewesen zu seyn, noch auch, wie später, gewissen Fürsten dieser Vorzug ausschließend zugestanden zu haben; jedenfalls waren es aber immer die Bedeutendsten und Einflußreichsten des geist-

33) Geschichte des deutsch. Volkes Bd. 12. S. 481.

34) Daselbst S. 695. N. 40.

lichen und weltlichen Standes, und somit konnte sich auch leicht das Herkommen für gewisse Fürsten entscheiden. Dies geschah auch am frühesten in Bezug auf die drei geistlichen Kurfürsten. Zur Unterstützung des Bisherigen berufen wir uns auf das, was bei der Wahl Lothars (1125) vorkam, wie in der narratio de electione Lotharii saxonis in imp. rom. [35]) sich findet. Hier heißt es nämlich: Primo decem ex singulis Bavariae, Sueviae, Franconiae, Saxoniae provinciis principes — proposuerunt, — hi tres — designantes, unum ex tribus, qui placent omnibus, in regem eligi persuaserunt. Gleich merkwürdig ist in Bezug auf die Erwählung Friedrichs I. (1152) folgende Stelle: Amand. de prim. act. a. Frid. I. in imperio peractis [36]): Principes — dixerant per suos internuntios ad sex aut octo principes officiatos regni. Quum ex secreto conclavi prodirent officiati, indicantes ipsos communiter Fridericum — elegisse etc. Endlich erwähnen wir deshalb noch Roger de Hoveden annal. Angl. ad ann. 1198 [37]). Hier heißt es: Defuncto imperatore archiepiscopi, episcopi, abbates, duces, comites et omnes ceteri magnates Alemanniae in unum convenientes, debent duodecim viros eligere communiter et eos praesentare archiepisc. coloniensi, moguntino, et duci de saxonia et comiti palatino de rheno, et quemcunque illi quotuor elegerint de praedictis, duodecim electis exit rex Alemannorum.

Wir halten dafür, daß die Ansicht von einer Vor- oder Doppelwahl nicht wenig durch Folgendes unterstützt werde. Es ist bekannt, daß im Mittelalter die beiden höchsten Mächte in der Christenheit, der Pabst und der deutsche Kaiser, oder die geistliche und weltliche Gewalt sich fast eifersüchtig bestrebten, in ihren Formen und Einrichtungen sich nachzuahmen [37a]). Wie daher die ordines der Geistlichen und die Heerschilde der

35) Vergl. Olenschlager Erläuterungen der goldnen Bulle, Anhang, Nr. 8. S. 20.

36) Zöpfl Rechtsgesch. §. 73. n. 2.

37) Pfeffinger I. p. 146.

37a) Vergl. Weiske Abhandl. aus dem Gebiete des deutsch. Rechts Nr. 7.

Lehensleute[38]), so wie vieles Andere, als sich nachgebildet erscheinen, so ist es auch die Wahl des Pabstes durch die Cardinäle und die des Kaisers durch die Kurfürsten. Sehr merkwürdig ist es nun hierbei, daß, wie anfänglich die Kurfürsten nicht allein wählten, so dies auch die Cardinäle nicht thaten. Vermöge eines Decrets des Pabstes Nicolaus II. zur Zeit Heinrichs IV. sollten nämlich die Cardinal-Bischöfe die Wahl sorgsam vorbereiten, dann die andern Cardinäle hinzuziehen und endlich der übrige Klerus und das Volk ihre Zustimmung ertheilen[39]). Hier finden wir also jener Vorwahl der Kurfürsten etwas ganz Analoges, was sich gegenseitig erklärt und unterstützt.

Es kann uns folglich nach dem Bisherigen nicht verwundern, wenn wir in dem bekannten Privilegium Friedrichs I. für Oestreich von 1156 die Kurfürsten ausdrücklich erwähnt finden (dux austriae post electorales principes primum obtineat locum). Und wenn man die Echtheit der Urkunde mit Unrecht anzugreifen versucht hat, so darf man sich nach dem Gesagten wenigstens nicht darauf berufen, daß sie Kurfürsten erwähne.

Zwar finden wir bei der Wahl Heinrichs VI. 1169 jene vorwählenden Fürsten nicht[40]), und ebensowohl auch bei der seines eignen Kindes Friedrichs II. Bedenken wir aber, daß es sich in beiden Fällen nur um die Anerkennung des schon vorgeschlagenen Candidaten handelte, und von der Wahl Anderer gar nicht die Rede seyn konnte; daß in beiden Fällen die Kaiser selbst die Stelle jener Vorwählenden vertraten („a patre rex designatus fuerat" heißt es bei der Wahl Heinrichs VI.), so darf es uns wohl nicht befremden, wenn hier dieser vorwählenden Fürsten nicht gedacht wird; zumal bei der Anerkennung Friedrichs II., die kaum eine Wahl genannt werden kann[41]). Nichts desto weniger war aber das Vorrecht gewisser Reichsfürsten bei der Wahl des Königs anerkannt, wie dies selbst vor

38) Vergl. Weiske de sept. clypeis milit.

39) Vergl. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts §. 153. und c. 1. D. 23. concil. lateran. de ann. 1059.

40) Pfeffinger I. p. 137.

41) Luden Gesch. des deutsch. Volks Bd. 11.

Friedrich I. ausdrücklich geschah, wenn es sich auch unter den obwaltenden Umständen in den gedachten Fällen nicht hatte geltend machen lassen. Am unzweifelhaftesten tritt nun aber das Recht der Kurfürsten nach dem Tode Heinrichs VI. bei der zwiespältigen Wahl Philipps und Otto's IV. hervor, und zwar so, daß man nach den darüber vorhandenen Nachrichten annehmen kann, daß es kein erst neu in Anspruch genommenes Recht sey, vielmehr ein solches, welches auf Herkommen beruhte. Wir verweisen deshalb der Kürze wegen auf Olenschlager [42], wo sich auch die Beweisstellen finden. Insbesondere hebt es Innocenz III. in Betreff der Wahl Otto's VI. hervor: cum tot vel plures ex his, ad quos principaliter spectat imperatoris electio in eum consensisse noscantur, quot in alterum consenserunt, und dann: Licet major pars principum in electione (Philippi) ab initio convenissent, plures, tamen ex iis, ad quos imperatoris spectat electio convenerunt post modum in — illustrem regem Ottonem. Ebenso sprechen auch der König Richard von England und Andere von dem Rechte der Kurfürsten als einem anerkannten Rechte (Principes, quorum interest regem eligere etc. Ad quos de jure spectat electio).

Fragen wir nun aber weiter, welchen unter den deutschen Reichsfürsten das Recht auf die Vorwahl zustand, so ist dies für die gedachte Zeit aus damaligen Geschichtschreibern und Chronisten wohl schwerlich nachzuweisen. Zwar wird auf das Wahlrecht der drei geistlichen Fürsten hingedeutet, insbesondere das des Erzbischofs von Mainz hervorgehoben, auch wohl der eine oder der andere weltliche Reichsfürst, z. B. der Herzog von Sachsen als Wahlfürst bezeichnet; eine genaue Angabe und Aufzählung der einzelnen geistlichen und weltlichen Kurfürsten finden wir aber nicht. Wir lernen sie daher zuerst aus dem Sachsenspiegel kennen, und daß auch hier seine Mittheilung die richtige sey, erweist sich schon dadurch, daß ebendieselben in der spätern Zeit bekanntlich als die einzigen Kurfürsten reichsgrundgesetzlich fortbestanden. Da wir keine Kunde davon haben, daß dieses Vorwahl-

42) a. a. O. S. 98. und fgg.

recht früher Anderen als den im Sachsenspiegel genannten zugestanden habe, sie auch unter Friedrich I. die ausgezeichnetsten und bedeutendsten Reichsfürsten waren, so liegt es am nächsten, und erscheint als das Wahrscheinlichste, daß sie wenigstens seit der Zeit dieses Kaisers in dem Besitze des Wahlrechts waren. Er, der so Manches im Reiche ordnete und festsetzte, erwähnt die Kurfürsten zuerst als besonders bevorzugte Fürsten, die einen bestimmten Rang einnahmen, während sie, insoweit früher von ihnen die Rede seyn kann, nach obigen Stellen blos für den einzelnen Wahlfall aus den versammelten Fürsten auserlesen worden zu seyn scheinen. Wenn nun Friedrich I., wie es sehr wahrscheinlich ist, das Vorwahlrecht ein für alle Mal als eine hohe Würde auf einige seiner Reichsfürsten übertrug, so kann man bei der damaligen Lage der Dinge nichts Anderes erwarten, als das, was sich nach dem Sachsenspiegel vorfindet: nämlich die Uebertragung der Kurfürstenwürde auf Heinrich den Löwen (Sachsen), Otto von Wittelsbach (Pfalz), und Albrecht den Bären (Brandenburg), und zwar noch vor dem Jahre 1156, weil das Privilegiun für Oestreich, wie bemerkt, die Kurfürsten hervorhebt. Wir sollten glauben, daß die gedachten Männer und die erwähnte Zeit als ganz geeignet zur Begründung der Kurfürstenthümer erscheinen müßten. Dem Kenner der Zeitverhältnisse in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts wird es einleuchten, daß nicht gerade die Gedachten, wohl aber einige Andere, als die Befähigsten zur Erlangung der Kurwürde gegolten haben möchten.

Die im Sachsenspiegel erwähnte Ausschließung des Königs von Böhmen ist ebenfalls nicht ohne geschichtliche Wahrheit, indem durch Rudolph I. Böhmen seine Kurstimme erst ausdrücklich zuerkannt wurde, und **Henricus ab Ostia** über die Decretalen [43]) ausdrücklich sagt: **Regem Bohemiae (secundum quosdam) jus eligendi non habere, sed de facto hodie (seculo XIII.) tenere** [44]). Merkwürdig ist es jedoch, daß der König von Böhmen bei der Wahl Philipps von Schwaben

---

43) c. 34. X. de electione (1. 6.)

44) Olenschlager a. a. O. S. 115.

thätig war, und ebenso bei der Friedrichs II. 1212[45]) und bei der Conrads IV. 1237 sein Recht ausübte[46]). Dessen ungeachtet ergiebt sich aus dem Obigen, daß sein Wahlrecht eine längere Zeit in Zweifel gezogen wurde.

So ungern wir auch auf bloße Conjecturen bauen, so erlauben wir uns doch hier einmal eine. Der Umstand, daß der Sachsenspiegel dem Könige von Böhmen die Wahlstimmen ausdrücklich abspricht, giebt wohl ziemlich deutlich an die Hand, daß ihm dieselbe zugestanden, daß er sie aber auf irgend eine Art verloren habe. Da nun aber die Kurwürde, wie wir früher bemerkten, erst durch Friedrich I. auf die gedachten Fürsten übertragen worden ist, so kann sie auch Böhmen nicht eher gehabt haben. Sollte nun nicht vielleicht, so vermuthen wir, der Verlust der Kurstimme mit der Erhebung des Herzogs von Böhmen zum König 1158 durch Friedrich I. im Zusammenhange stehen? Mag es auch seyn, daß jener bei dieser Erhebung der Kurstimme nicht ausdrücklich entsagte, so konnte sich doch sehr leicht die Ansicht im Reiche bilden, daß Böhmen durch die Umwandlung zu einem Königreiche, da es ohnedies ein slavisches Land und Volk war, und sein König als der einzige König in Deutschland dastand, nicht mehr zum eigentlichen deutschen Reiche gehöre, vielmehr zu diesem nur in einem Verhältnisse stehe, in dem sich auch andere benachbarte Königreiche längere Zeit befanden. Auf diese Weise glauben wir, erhalten die Worte des Sachsenspiegels: daß der König nicht mit wähle, weil er kein Deutscher sey, auch erst ihren wahren Sinn. Hatte nämlich Böhmen früher, wie selbst aus dem Sachsenspiegel hervorgeht, eine Wahlstimme gehabt, so konnte der Umstand, daß der König von Böhmen kein Deutscher sey, keinen Grund abgeben, ihm sein Wahlrecht zu entziehen, da er ja vorher auch kein Deutscher war, und doch als Kurfürst galt. Jene Worte unsers Rechtsbuches möchten also darauf deuten, daß Böhmen durch die Erhebung zu einem Königreiche nicht mehr als deutsch, d. h. zum eigentlichen deutschen Reiche gehörig, angesehen ward. Bekannt ist es endlich auch, daß Böhmen in dieser Zeit das Erz-

45) Pfeffinger III. p. 856.

46) Olenschlager a. a. O. S. 122.

schenkenamt streitig gemacht wurde. — Da nun aber doch Böhmen seine Kurstimme fortbehauptete, oder sich wieder sicherte, wie wir gesehen haben, so scheint auch dieser Umstand auf eine baldige Abfassung des Sachsenspiegels nach der Erhebung Böhmens zu einem Königthume hinzuweisen.

Wenn somit die Erwähnung der Kurfürsten keineswegs der Entstehung des Sachsenspiegels im 12. Jahrhundert entgegentritt, so spricht die Bestimmung, daß sie nicht allein wählen sollten, gleichfalls mehr dafür, als dagegen. Denn wenn auch die übrigen Reichsfürsten im 13. Jahrhundert noch nicht völlig von dem Mitwahlrechte ausgeschlossen waren, so erhielten doch die Kurfürsten in demselben so entschieden das Uebergewicht, daß ihr ausschließliches Wahlrecht in dem folgenden Jahrhunderte durch die goldne Bulle reichsgesetzlich festgestellt werden konnte, und schon früher wirkten die Päbste darauf hin; namentlich scheint das wichtige c. 34. X. de electione (1. 6.) vom J. 1208 nur ein Wahlrecht der Kurfürsten anzuerkennen, sowie man auch behaupten darf, daß dasselbe überhaupt dem Verfasser des Sachsenspiegels nicht bekannt gewesen ist.

Und nun nur noch ein Wort über die Stellung der Kurfürsten zu den übrigen Reichsfürsten, nach der Ansicht des Sachsenspiegels. Wie schon von vornherein bemerkt wurde, spricht derselbe den sechs wählenden Fürsten keineswegs das Recht, den König zu wählen, allein zu, wie dies nach der goldnen Bulle geschieht, vielmehr sagt er, daß sie nicht nach ihrem Gutdünken oder ihrer Willkür wählen dürfen, indem das Wählen des Königs allen übrigen geistlichen und weltlichen Reichsfürsten zustehe, und die gedachten sechs Fürsten nur die Befugniß haben, einen Wahlcandidaten zuvörderst auszulesen und vorzuschlagen, den dann die gesammten Reichsfürsten annehmen oder verwerfen. Ihr Wirkungskreis war daher zunächst darauf beschränkt, daß sie das Recht hatten, die übrigen Fürsten bei ihrer Wahl auf eine bestimmte Person hinzuweisen, damit nicht verschiedene in Vorschlag gebracht würden, und somit nicht Einer, sondern Mehrere zugleich Gegenstand der Wahl seyen. Die gedachte Stelle kann allerdings auch anders verstanden werden, wie dies von Manchen geschehen ist, und es hat sich vielleicht in jener Zeit noch kein gewisses Herkommen gebildet gehabt, indem sich auch aus den oben

gedachten Stellen der Geschichtschreiber die Ansicht rechtfertigen läßt, daß erst die gesammten Fürsten einige Candidaten wählten, aus denen die Wahlfürsten einen als König hervorhoben. Daß aber ihr Recht nur darin bestanden habe, die Stimmen der Fürsten zu sammeln, und dann den Gewählten zuerst zu nennen, auszurufen gleichsam, oder bekannt zu machen, wie Luden [47]) glaubt, können wir nicht für wahrscheinlich halten. Indeß sagt doch auch **Albertus Staden. a. 1240: ex praetaxatione principum et consensu imperatorem eligunt Trevirenses etc.** [48]).

Sollte, so bemerken wir schließlich, in jener Zeit wirklich eine Verschiedenheit der Meinung über den eigentlichen Wirkungskreis der Kurfürsten geherrscht haben, so sind wir fast versucht, zu glauben, daß der Verfasser des Sachsenspiegels absichtlich sich so ausdrückte, daß man in seinen Worten beide Meinungen wiederfinden kann; ähnlich verhält es sich auch mit der Stelle, wo von der Wahl der Bischöfe die Rede ist. Wir wenigstens können nicht dafür halten, daß dieser Doppelsinn im Mangel an der Gabe sich deutlich und bestimmt auszudrücken liegt; wir möchten vielmehr annehmen, daß er eine besondere Gewandtheit beurkunde. Es verdiente vielleicht sogar einer Beachtung, ob nicht auch anderen Stellen, die einen doppelten Sinn bieten, eine Meinungsverschiedenheit zum Grunde liegt, die der Verfasser des Sachsenspiegels zu entscheiden sich nicht getraute.

Beschluß.

Wir haben bisher die geschichtlichen Thatsachen hingestellt, welche auf die Bestimmung der Zeit, in der der Sachsenspiegel verfaßt seyn mag, Einfluß haben. Es war nicht unsre Absicht, die Leser von vornherein für eine gewisse, vorgefaßte Meinung zu bestimmen; wir dürfen wohl aber erwarten, daß sie sich aus dem Bisherigen selbst eine solche über die vorliegende Frage gebildet haben werden, und freuen soll es uns, wenn sie mit dem Resul-

47) a. a. O. S. 480.

48) Vergl. Raumer, die Hohenstaufen Bd. 5. S. 57. u. fgg.

tat, welches wir aus den angestellten Untersuchungen gewonnen haben, im Wesentlichen übereinstimmt. Wir unsers Theils sind nämlich überzeugt, daß der Sachsenspiegel schon um's Jahr 1170 niedergeschrieben worden ist. Ist man nämlich mit uns der Ansicht, daß das Rechtsbuch unter Friedrich I. und zwar noch vor dem Sturze Heinrichs des Löwen entstanden ist, so muß es auch vor 1173 verfaßt seyn, indem Friedrich I. in diesem Jahre dem Könige von Böhmen die königliche Würde wiedernahm, weil er es in den Streitigkeiten des Kaisers mit dem Erzbischofe von Salzburg mit diesem, seinem Sohne, hielt [49]). Philipp verlieh indeß Böhmen die königliche Würde 1198 von Neuem [50]). Dagegen kann der Sachsenspiegel aber auch nicht vor 1162 oder 1163 verfaßt seyn, weil in jenem Jahre das Bisthum Meklenburg nach Schwerin verlegt wurde [51]) und ebenso 1163 der Bischofssitz von Oldenburg nach Lübeck [52]). Schwerin und Lübeck führt aber der Sachsenspiegel III. a. 62. §. 3. als sächsische Bisthümer mit auf. Uebrigens bemerken wir hier noch, daß die andern in der gedachten Stelle genannten Bisthümer weit älter sind, und zum Theil aus der Zeit Karls des Großen herstammen. Es ist uns daher nicht gelungen, aus der Angabe der Bisthümer in Sachsen etwas für die Bestimmung des Alters des Rechtsbuches herauszufinden. Das Bisthum Camin in Pommern ist allerdings nicht mit aufgezählt, und da dasselbe 1176 dahin von der Insel Wollin verlegt wurde, so könnte man daraus wohl schließen, daß der Sachsenspiegel vor jenem Jahre geschrieben seyn müsse; doch scheint der Verfasser unsers Rechtsbuchs diese Länder über der Oder nicht mit zu Sachsen zu zählen, weil er sonst das gedachte Bisthum, welches freilich schon früher auf der Insel Wollin bestand, mit

---

49) Chron. Reichersb. ad an. 1169 et sqq. in Ludwig. coll. script. bamb. Vol. II. p. 266. — Henric. Stero Alhaensis ad ann. 1173. in Canisius lection. antiq. Vol. IV.

50) Vergl. Pelzel's Gesch. von Böhmen Bd. I. S. 116.

51) Luden a. a. O. Bd. 11. S. 80.

52) Grautoff die Verlegung des Bischofssitzes von Oldenburg nach Lübeck. 1824.

aufgezählt haben würde[53]). Camin gehörte vielmehr, so wie das Bisthum Lebus an der Oder, welches seit der Mitte des 12. Jahrhunderts vorkommt, in kirchlicher Hinsicht damals zu Polen[54]).

Somit glauben wir, daß unsre Ansicht wenigstens sicherer und geschichtlicher, als die in der neuesten Zeit von Luden a. a. O. Bd. 12. S. 472. und 473. aufgestellte, begründet ist; es war daher vielleicht gerade jetzt auch eine geeignete Zeit, die Frage überhaupt wieder in Anregung zu bringen. Luden sagt nämlich: „Es muß ein großes Bedürfniß nach einem Rechtsbuche vorhanden gewesen seyn, weil ein Einzelner zu der schwierigen Arbeit sich entschließen konnte, und durch seine Arbeit wirklich dem Bedürfnisse abzuhelfen vermochte." Dies konnte aber nur erst nach dem Sturze Heinrichs des Löwen und der Zerbrechung des Herzogthums entstehen; es mußte sich aber auch mehr als einem Geschlechte fühlbar gemacht haben, und die Hoffnung auf die Wiederherstellung des alten Herzogthums verschwunden seyn. Dies war jedoch erst der Fall, als der Enkel Heinrichs des Löwen 1235 Vasall des Reichs ward. Folglich soll nach Luden's Ansicht der Sachsenspiegel erst nach 1235 entstanden seyn! Gern überlassen wir es Andern, den Werth dieser Gründe und Folgerungen zu prüfen. Als erläuternden Nachtrag zu dieser Ansicht führen wir noch an, was Luden[55]) sagt: „Selbst bei geschichtlichen Forschungen zeigt sich die Neigung, alle Einrichtung in der menschlichen Gesellschaft so weit als möglich zurückzuschieben. Der Sachsenspiegel würde an seinem Werthe weder gewinnen noch verlieren, wenn man ihn für ein Menschenalter jünger hielte, als zu geschehen pflegt." Dies mag insofern wahr seyn, als es sich um seinen Werth für die Gegenwart handelt. Gewiß läßt sich aber dies noch mehr z. B. von Homer, dem Nibelungenliede ꝛc. geltend machen, und doch haben sich die Gelehrten vielfach mit Untersuchungen über das Alter dieser Werke beschäftigt; wollte man es aber tadeln, so

53) Scheidemantel Repertorium I. S. 466.

54) Wohlbrück das Bisthum Lebus Bd. 1. S. 47. u. fgg.

55) a. a. O. S. 691. N. 26.

müßte man den Werth der historischen Wahrheit nicht anerkennen, was doch ein Geschichtsforscher am allerwenigsten zugeben wird. Aber auch abgesehen von dieser glauben wir, daß es für die geschichtliche Rechtswissenschaft nicht ohne Bedeutung ist, ob der Sachsenspiegel ein Menschenalter früher oder später geschrieben ist. Denn um nur auf zwei Punkte hinzuweisen, so ist die Bestimmung des Alters desselben insofern wichtig, als dies auf die Altersbestimmung von andern Rechtsquellen und Urkunden höchst einflußreich ist, und dann namentlich das Alter mancher Rechtsinstitute durch jenes festgestellt wird. Ueberhaupt kann es für die Rechtsgeschichte nicht gleichgiltig seyn, ob Dieses oder Jenes ein Menschenalter später noch als bestehend oder nicht bestehend angenommen wird, so wie ob es ein Menschenalter früher oder später begründet worden ist.

Nachtrag,
die Entstehung des Schwabenspiegels betreffend.

Zu einer frühern Abhandlung: über sächsisches und fränkisches Recht, welche für die eingegangen „Eranien" bestimmt war, hatte ich unter Anderem auch von den Schwaben und ihrem Recht, welches der Sachsenspiegel erwähnt, gesprochen; da aber Alles dies, namentlich auch das, was sich auf den Schwabengau [56]) bezieht, seitdem hinreichend von Anderen erörtert worden ist, so bleibt dieser Aufsatz ungedruckt, und ich hebe daraus nur eine Bemerkung hervor, die ich anderwärts (vielleicht weil man sie nicht für begründet hielt, denn nahe genug scheint sie mir zu liegen) nicht gefunden habe.

Der Sachsenspiegel erwähnt nämlich I. a. 19. §. 2., wo von dem Urthelschelten der Schwaben im sächsischen Schwabengaue die Rede ist, daß sie sich an die älteren Schwaben zögen. Unter diesen älteren Schwaben können nun, wie dies schon von Kopp und Anderen anerkannt worden ist, keine Anderen ver-

56) Zu der bei Homeyer Sachsensp. S. 24. gedachten Literatur ist besonders Leutsch Markgraf Gero nachzutragen.

standen werden, als die eigentlichen Schwaben im Lande Schwaben. Bemerkenswerth ist es auch, daß der Schwabenspiegel (Senckenberg. c. 398.) die Worte: „und ziehet es an den älteren Schwaben" mit Recht gar nicht aufgenommen hat. Da nun die Schwaben im Schwabengaue im wesentlichen nach dem Rechte lebten, welches in dem Sachsenspiegel enthalten ist, so ist es gewiß ganz in der Ordnung, wenn man annimmt, daß die sächsischen Schwaben bei Gelegenheit von Appellationen nach dem eigentlichen Schwaben ihr Recht, nach dem sie lebten, unsern Sachsenspiegel, als Entscheidungsquelle des Rechtsstreites, dorthin mit sendeten. So wurde das Rechtsbuch bei den höchsten Gerichten im Schwabenlande [57]) bekannt, und zwar eher und mehr als in anderen Theilen namentlich von Süddeutschland, und dies gab die Veranlassung, gerade hier ein neues Rechtsbuch, gegründet auf das Recht des Sachsenspiegels, den s. g. Schwabenspiegel zu bearbeiten. Dafür, daß das letzte Rechtsbuch in Schwaben entstanden sey, kann man auch noch anführen, daß in demselben die Schwaben erwähnt werden, wo der Sachsenspiegel gerade die Sachsen nennt [58]). Ebenso ist es auffallend, daß an einer andern Stelle [59]) den Schwaben so großes Lob gespendet wird.

Zusatz: Ich will nicht unterlassen beim Abdruck dieser Abhandlung darauf hinzuweisen, daß Schaumann in seiner so eben erschienenen Geschichte des niedersächsischen Volkes S. 527, dem Resultate der Untersuchung meines Freundes Weiske sehr nahe kommend, gestützt besonders auf S. Sp. III. 62. und 53. die Abfassung desselben wenigstens seinem ersten Entwurfe nach vor das Jahr 1180 setzt. — Phillips in der neuen Ausgabe des deutschen Privatrechts Bd. 1. S. 71. erkennt aber wenigstens an, daß er nicht wie man bisher angenommen nach 1215, sondern vor diesem Jahre verfaßt worden. Wilda.

57) Nach dem Schwabenspiegel bei Berger p. 28. Rothweil und Giengen.

58) Schwabensp. Berger c. 106. p. 154. Senckenberg c. 222.

59) Berger c. 270. p. 55.

Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts.

Von

Ernst Theodor Gaupp,
ordentl. Professor der Rechte in Breslau.

Erstes Capitel. Einleitung.

§. 1. Der Standpunkt der Untersuchung.
§. 2. Das Sachenrecht im Allgemeinen.
§. 3. Das römische Sachenrecht im Allgemeinen.
§. 4. Das deutsche Sachenrecht im Allgemeinen.
§. 5. Das Wort Gewere.
§. 6. Verschiedene Seiten des Begriffes Gewere.

Zweites Capitel. Von der reellen und ideellen Gewere.

§. 7. Reelle und ideelle Gewere überhaupt. Ledigliche, hebbende, gemeine Gewere.
§. 8. Die sogenannte juristische Gewere bei Albrecht.
§. 9. Kritik der von Albrecht über die juristische Gewere aufgestellten Ansicht im Allgemeinen.
§. 10. Das Eigenthum an beweglichen Sachen überhaupt. Forderung — Anfang. Die Formeln: sich zu einer Sache ziehen — sich einer Sache unterwinden.
§. 11. Die Regel: Hand muß Hand wahren.
§. 12. Weitere Casuistik der Regel: Hand muß Hand wahren.
§. 13. Zusammenhang des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren, mit dem Proceß.

(Die Fortsetzung folgt.)

Erstes Capitel. Einleitung.

§. 1. Der Standpunkt der Untersuchung.

Bacon von Verulam macht den Juristen einmal den Vorwurf, daß sie in ihren Werken über Recht und Gesetze tamquam e vinculis zu sprechen pflegten, und meint damit die so häufige Vermischung philosophischer Ideen und positiver Rechtssätze, die Befangenheit Vieler durch Begriffe des positiven, namentlich des römischen Rechts, da wo sie selbst auf philosophischem Boden zu wandeln beabsichtigten [1]). Eine ähnliche Gebundenheit läßt sich aber auch in der Sphäre der positiven Rechtswissenschaft selbst denken: wenn von verschiedenen nationalen Rechten das eine gleichsam als Musterrecht angesehen wird, seine Begriffe als Normalbegriffe, denen man die der andern mit mehr oder weniger Gewalt unterzuordnen sucht. Jahrhunderte lang ist dies die Stellung des römischen Rechts zum deutschen gewesen, indem der gesunde Natursinn für die richtige Auffassung des letzteren völlig erloschen war, die historischen Forschungen aber, welche zur tieferen Ergründung desselben vorausgesetzt wurden, noch zu den ganz ungeahnten Dingen gehörten. Erst in neuerer Zeit ist die unsere gesammte historische Literatur durchdringende Richtung, das Eigenthümliche, Nationale überall an sich zu würdigen, auch dem deutschen Rechtsstudium zu Statten gekommen; die letzten Decennien haben viel Treffliches auf diesem Gebiete zu Tage gefördert, und die höhere Wissenschaftlichkeit, als deren Träger seit Jahrhunderten vorzugsweise das römische Recht erschien, hat nun auch Früchte für das einheimische Recht getragen. Neben der civilistischen Jurisprudenz hat sich eine germanistische in Deutschland entwickelt, wie sie von dieser Tiefe und Ausdehnung in keinem andern germanischen, geschweige romanischen Lande gefunden wird. Es ist gar nicht anders möglich, als daß die Ergebnisse derselben allmählich auch in die Praxis, ins Leben eindringen müssen, und Niemand möge glauben, daß das Verhältniß zwischen römischem und deutschem Rechte, wie es jetzt grade

---

1) Vgl. Hugo Lehrbuch des Naturrechts als einer Philos. des posit. Rechts §. 20.

besteht, etwa ein besonderes Privilegium sehr langer Dauer genieße. Zwischen beiden muß nothwendig, je mehr das deutsche Recht nach allen Seiten hin wissenschaftlich beleuchtet und durchforscht wird, immer lebendigere Reibung eintreten, und hierauf ist die Hoffnung zum Theil mit begründet, daß die Rechtswissenschaft in Deutschland nie einer bloß mechanischen Handhabung des Rechts werde weichen dürfen. Das römische Recht fußt auf alten Besitz; das deutsche Recht, insofern es als Wissenschaft auftritt, kämpft mit allen Waffen der Jugend, und genießt zugleich den unschätzbaren Vorzug jenes wunderbaren, wahrhaft mystischen Zusammenhanges mit den nationalen Vorstellungen und Ideen, welchen sich das römische Recht doch nie zu erringen vermocht hat. Eben dieser Zusammenhang hat sich auf eine höchst merkwürdige, oft viel zu wenig beachtete Art auch in den neuen Gesetzgebungen, in Preußen, Frankreich und Oesterreich vielfach wirksam gezeigt, und nach dem Gange der Rechtsbildung in unseren Tagen mag man es wohl überhaupt als wahrscheinlich ansehen, daß es vorzüglich die Gesetzgebung seyn werde, durch welche dem deutschen Rechte in praktischer Beziehung immer mehr Raum und Boden angewiesen werden wird [2]). Jedenfalls ist

2) Es ist bemerkenswerth, wie häufig in unsern Tagen, namentlich mit Rücksicht auf neu abzufassende oder zu revidirende Gesetzbücher, Grundsätze des deutschen Rechts nicht etwa nur gegen römische vertheidigt, sondern diesen unbedingt vorgezogen, und als die für unsere Zustände angemeßneren bezeichnet werden: oft ohne daß diejenigen, welche Ansichten solcher Art aussprechen, eine klare Vorstellung davon, daß sie eigentlich nur für die gesetzliche Anerkennung vaterländischer Rechtssätze streiten, gewonnen haben. So z. B. in den Jahrbüchern für die baierische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Staatsverwaltung Bd. I. Heft 1. Nürnberg 1838, wo in Abthlg 4. Beiträge zur Revision der baierischen Civilgesetze geliefert werden, und die Beiträge 2—4. folgende Gegenstände betreffen: Nr. 2. Der Grundsatz, daß die Gefahr der Sache nach Abschließung des Kaufcontracts auf den Käufer übergeht, ist den Rechten und der Billigkeit nicht gemäß. Nr. 3. Den allgemeinen Grundsätzen ist es zuwider, daß der redliche Besitzer bei der Eigenthumsklage die Sache unentgeltlich herausgeben muß. Nr. 4. Der Grundsatz: Kauf bricht nicht Miethe, sollte in dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommen werden. Der Verf. dieser Beiträge beruft sich auf das Naturrecht, die Bil-

eine wichtige Reform des Rechtszustandes in Deutschland im Werden begriffen, und das vaterländische Recht wird bei derselben sicher eine ganz andere Rolle spielen, als in den Jahrhunderten, wo es blos für einen neueren Gebrauch, gleichsam eine Fortsetzung des römischen Rechts angesehen wurde.

Zu den fruchtbarsten das deutsche Recht betreffenden Untersuchungen neuerer Zeit gehören offenbar die über die Gewere als Grundlage des deutschen Sachenrechts. Durch das bekannte Werk von Albrecht sind in dieser Hinsicht eine Menge neuer, ungeahnter Aussichten eröffnet worden; und wenn sich auch wirklich behaupten läßt, daß es dem Buche nicht selten an der wünschenswerthen Klarheit und Simplicität der Darstellung fehle; wenn es ferner oft großes Bedenken erregen muß, daß nach der darin gelieferten Entwickelung die alten Deutschen ein unglaublich kunstreich zusammengesetztes Sachenrecht gehabt haben müßten: so ist doch andrerseits nicht außer Acht zu lassen, daß es der Verfasser mit einem höchst ungefügen, fast noch ganz unbearbeiteten Stoffe zu thun hatte, welcher einer recht unbefangenen, freien Bewegung vielfache Hindernisse in den Weg legte. Uebrigens versteht sich von selbst, daß die Untersuchungen über die Gewere durch das genannte Werk nicht als geschlossen angesehen werden können. Ein im Verhältniß zur Reichhaltigkeit und Wichtigkeit des Gegenstandes freilich nur sehr geringer Beitrag zu dieser Lehre soll nun auch in der folgenden Skizze geliefert werden, bei welcher die Absicht hauptsächlich nur auf eine allgemeine Orientirung in derselben gerichtet ist. Denn ich weiß nicht, ob ich mich irre, das äußere Gerüst des Ganzen schien mir noch immer am wenigsten festgestellt zu seyn.

§. 2. Das Sachenrecht im Allgemeinen.

Derjenige Theil eines positiven Rechts, den wir das Sachenrecht zu nennen pflegen, hat es im Allgemeinen mit den

---

ligkeit und die Vortheile für den Verkehr, um seinen Ansichten Eingang zu verschaffen. Aber alle von ihm empfohlenen Grundsätze hängen zugleich näher oder ferner mit altdeutschen Rechtsbegriffen von der Gewere zusammen, und eine Gesetzgebung, welche diesen Grundsätzen huldigt, steht zugleich auf historischem Boden und schließt sich in der That nur an das alte einheimische Recht an.

mannichfaltigen Formen zu thun, worin sich die Verbindung von Personen und Sachen bei einem Volke, in einem Staate kund geben kann. Sobald man nun von allen Besitz-, Eigenthumstheorien u. s. w., wie sich dieselben in einzelnen positiven Rechten entwickelt haben, gänzlich absieht, so lassen sich zwischen einer Person und einer Sache hauptsächlich folgende Verbindungen denken:

1. Es kann ein sichtbares, äußeres Band zwischen Person und Sache existiren, ohne daß der erstern ein Recht auf die letztere als solche zukommt. Die Person hat also die Sache nur dergestalt in ihrer Gewalt, daß sie nach Willkür darauf einzuwirken und fremde Einwirkung davon abzuhalten vermag, und wir nennen jenes rein äußere Band vorläufig schon Besitz, Gewere im allgemeinsten Sinne.

2. Es kann ein unsichtbares Band zwischen Person und Sache, ein Recht der erstern auf die letztere existiren, aber ohne das auch äußerlich sichtbare Band des Besitzes oder der Gewere.

3. Es kann Beides zusammen vorhanden seyn, Besitz und Recht auf die Sache bei derselben Person.

Geht man von diesen allgemeinen Gegensätzen aus, so läßt sich dann auch weiter behaupten, daß sowohl Besitz als Rechte an Sachen in jedem nur einigermaßen ausgebildeten positiven Rechte wiederkehren müssen. Zuerst ist es völlig unmöglich, sich den Besitz aus einem solchen hinwegzudenken, ohne dieses selbst damit aufzuheben; denn in ihm ist gleichsam ein Erbstück aus dem Naturstande erhalten, welches durch Uebergang in ein einzelnes positives Recht nur eine individuelle Gestalt erhalten hat. Aber auch besondere Formen rechtlicher Verbindungen zwischen Personen und Sachen werden und müssen sich überall entwickeln, da die Begründung und Erhaltung des Friedens unter den Menschen hiervon wesentlich mit abhängt. Dabei ist jedoch eine große Mannichfaltigkeit dieser Formen möglich. Denn wenn gleich gewisse Bedürfnisse des Verkehrs fast bei allen Völkern wiederzukehren pflegen, so kann doch für die Befriedigung derselben auf sehr verschiedene Art gesorgt werden. Uebrigens ergiebt sich aus dem Obigen, daß jedes positive Sachenrecht im weitern Sinne mehr oder weniger in eine Besitz- und in eine Sachenrechtstheo-

rie im engeren Sinne zerfällt. Es ist der Gegensatz eines **natürlichen** und eines **freien** Elements, welcher richtig aufgefaßt alle Theile eines positiven Rechts, mithin auch das Sachenrecht durchdringt. Aber das Verhältniß zwischen beiden kann ein höchst verschiedenes seyn, und eben darin giebt sich ja überhaupt die Verschiedenheit positiver Rechte vorzugsweise kund. In dem einen ist das natürliche Element der menschlichen Verhältnisse reiner festgehalten und erscheint überall weniger mit Selbstständigkeit umgebildet; in einem andern waltet die Freiheit, die eigene Formgebung, die Umgestaltung des natürlich Gegebenen, mit Absicht und nach bestimmten Zwecken vor. Wendet man dies auf das Sachenrecht im weitesten Sinne des Wortes an, so ist unverkennbar, daß hier das Element der Freiheit da vorherrscht, wo der Nachdruck überall weniger auf der sichtbaren als der unsichtbaren Verbindung zwischen Personen und Sachen, auf dem Rechte als solchem liegt; denn der Begriff des Rechts als eines Gedachten, eines Unsichtbaren fällt ja selbst ganz in das Gebiet der Freiheit; das natürliche Element erscheint dagegen als vorwaltendes Princip, wo die Rücksicht auf das äußere, sichtbare Band zwischen Personen und Sachen überall mehr im Vordergrunde steht. Merkwürdiger Weise bieten uns die beiden Hauptrechte des gesammten romanischen und germanischen Europa Beispiele für jede von diesen verschiedenen Bildungen des Sachenrechts dar.

§. 3. Das römische Sachenrecht im Allgemeinen.

Im römischen Rechte erscheint das unsichtbare Band zwischen Sache und Person offenbar als die Hauptsache, und prädominirendes Princip ist das ideale des Rechts, nicht das reale des Besitzes. Getrennt von einander zeigt uns dasselbe eine Besitz- und eine Sachenrechtstheorie im engeren Sinne. Der Besitz ist abgesehen von der Verjährung da, wo es sich um das dingliche Recht als solches handelt, gewissermaßen Nebensache und tritt in den Hintergrund. Ja selbst in der Theorie des Besitzes, als des natürlichen Elements alles Sachenrechts überhaupt, waltet die Rücksicht auf das freie Element des Willens (animus) vor. Um die durch Detention und Besitz zwischen Person und Sache hervorgebrachte Verbindung nach ihrem qualitativen Ge-

wichte richtig zu würdigen, muß im römischen Rechte bekanntlich folgende Gradation unterschieden werden:

1. Bloße Detention, doch ohne die Absicht des Inhabers, die Sache als sein Eigenthum zu besitzen; naturalis possessio, wofür die Quellen auch sagen: tenere, sed non possidere — corporaliter possidere — esse in possessione. Dies ist das Verhältniß des Commodatars, Depositars, Miethers, Pächters u. s. w.; ihnen allen fehlt der juristische Besitz, weil ihnen die Absicht (animus) fehlt, die Sache als ihr Eigenthum zu besitzen, sie vielmehr den Besitz nur für einen Andern ausüben.

2. Juristischer Besitz, wobei der Inhaber der Sache zugleich die Absicht (animus) hat, die Sache als sein Eigenthum zu besitzen [3]). Dieser juristische Besitz ist aber dann wieder:

a) entweder nur possessio ad interdicta, possessio schlechthin oder im Gegensatze der possessio civilis, auch possessio naturalis genannt; oder

b) possessio ad usucapionem, possessio civilis, und wessen Besitz sich zur Usucapion eignet, von dem sagen die Quellen: civiliter, jure civili possidet [4]). Man sieht, wie sehr selbst in der Besitztheorie das Gedachte, das Unsichtbare in der Verbindung zwischen Person und Sache das Uebergewicht behauptet. Der ganze Begriff des juristischen Besitzes, über dessen Daseyn eben nur der Gedanke, die Absicht des Detinirenden entscheidet, ist nicht mehr natürlich, sondern künstlich geschaffen, und setzt schon eine sehr bedeutende Abstraction voraus. So consequent es sich dann auch aus den an die Spitze gestellten Prämissen ergeben mag, so wenig entspricht es dem einfachen, natürlichen Rechtsbewußtseyn, sich den Dieb mit jenem animus als

3) Auf die Fälle, wo trotz dem, daß der animus domini fehlt, dem Inhaber der Sache dennoch der Interdictenbesitz zugeschrieben wird, d. h. also auf die Fälle des jetzt gewöhnlich sogenannten abgeleiteten Besitzes, wie er sich z. B. bei dem Emphyteuta, dem innehabenden Pfandgläubiger findet, braucht hier nicht weiter Rücksicht genommen zu werden. Vgl. von Savigny Recht des Besitzes §. 9. §. 23—25. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandekten-Rechts §. 237.

4) von Savigny a. a. O. §. 7. §. 20.

juristischen Besitzer zu denken [5]), während es dem Pächter und Miether an einem juristischen Besitze gänzlich fehlt.

Das römische Sachenrecht im engeren Sinne beruht auf dem Gegensatze von dominium und jura in re. Denn entweder hat eine Person die Totalität aller überhaupt möglichen Rechte an einer Sache — Eigenthum —, oder sie hat nur einen bestimmten, individuell begrenzten Theil derselben — jus in re. Der Kreis der letzteren ist streng abgeschlossen; sie selbst sind gleichsam als einzelne vom Eigenthum abgelöste Bestandtheile desselben zu betrachten, welche als besondere Rechte einem Andern außer dem Eigenthümer an der Sache zustehen, und aus dieser idealen Auffassung des Verhältnisses zwischen Person und Sache folgt zugleich, daß die jura in re dem Eigenthum nicht coordinirt, sondern subordinirt zu denken sind. Jedes jus in re ist gleichsam eine Ausnahme von der Regel, als welche im Sachenrechte nur das Eigenthum zu betrachten ist. Dominium und obligatio sind nach ältester Ansicht die reinen, erschöpfenden Gegensätze im römischen Vermögensrechte. Die jura in re haben sich als ein Mittleres zwischen eingeschoben, als eine Abweichung von dem ursprünglichen Grundprincip, daß alle Rechte, welche jemandem in Bezug auf eine fremde Sache von deren Eigenthümer eingeräumt werden, nur die Bedeutung von persönlichen Rechten haben können [6]).

§. 4. Das deutsche Sachenrecht im Allgemeinen.

Ganz anders verhält sich die Sache im deutschen Rechte, in welchem die Rücksicht auf das äußere Band zwischen Person und Sache im Vordergrunde steht. Vorläufig sey schon hier daran erinnert, wie sehr sich die ursprüngliche Volksansicht selbst heute noch in der Sprache des gemeinen Lebens geltend macht, indem

5) von Savigny a. a. O. §. 9. Bei der Abweichung im Allg. Preuß. Landrecht I. 7. §. 96. 98. hat man offenbar den Forderungen der Sittlichkeit Genüge thun wollen, dadurch aber den Begriff des juristischen Besitzes und seine in §. 3. ebendas. gegebene Definition in Disharmonie gebracht. Bornemann Preuß. Civilrecht Bd. I. S. 472 fg.

6) Bornemann a. a. O. I. S. 403 fg.

wir Besitzthum für Vermögen, Besitzer und besitzen für Eigenthümer und Eigenthümer seyn, zu gebrauchen pflegen. Eine so bestimmte Sonderung einer Besitz- und einer Sachenrechtstheorie im engeren Sinne, wie wir dieselbe im römischen Rechte finden, hat sich hier gar nicht entwickelt. Alle nur möglichen sichtbaren Verbindungen zwischen Personen und Sachen finden ihre Erfüllung in dem Begriffe der Gewere, und dem Depositar, Commodatar u. s. w. kommt eine solche nicht minder als dem wirklichen Eigenthümer zu. Die Unterscheidung einer juristischen und nicht juristischen Gewere in römischer Weise, so daß die Existenz der erstern von dem animus domini des Besitzenden abhinge, ist also dem deutschen Rechte fremd.

Aber selbst die wichtigsten unsichtbaren (rechtlichen) Verbindungen zwischen Personen und Sachen (vorzugsweise den unbeweglichen) sind dem Begriffe der Gewere subsumirt worden, so daß dasjenige, was wir heute als dingliches Recht zu bezeichnen pflegen, in der Sprache des Mittelalters gleichfalls nur als eine besondere Art der Gewere erscheint. Es ist somit in Wahrheit charakteristischer Grundzug des ganzen deutschen Sachenrechts, mehr eine Besitz- als eine strenge Rechtstheorie zu seyn, und die Herrschaft einer der Besitztheorie entnommenen Terminologie selbst da, wo es sich um wirkliche Rechte an Sachen handelt, ist eben nur die ganz einfache Folge hiervon. Schon hier ist jedoch hervorzuheben, daß jene Eigenschaft eines überwiegend als Besitztheorie auftretenden Sachenrechts bei der fahrenden Habe in einem noch viel höheren Grade als bei unbeweglichen Sachen hervorbricht.

Der angegebene Charakter des deutschen Sachenrechts überhaupt, mehr als Besitz- denn als Rechtstheorie zu erscheinen, übt dann auf die Gestaltung des ganzen deutschen Rechtssystems den entschiedensten Einfluß aus. So hängt unverkennbar eben damit genau zusammen, daß es das deutsche Recht nie zu einer ganz reinen Darstellung des Eigenthums gebracht hat. Aber noch wichtiger möchte für uns hier die Wirkung eben jenes Grundcharakters auf die Stellung der verschiedenen Theile des Vermögensrechtes unter einander seyn, welche wir in der Art, wie sie das römische Recht unterscheidet, nur zu häufig für etwas überall Nothwendiges anzusehen geneigt sind.

1. Der römische Gegensatz des dominium und der jura in re ist dem deutschen Rechte völlig fremd. Es giebt wohl auch in ihm solche Rechte, welche eine Aehnlichkeit mit römischen jura in re haben, wie z. B. die Leibzuchtsgewere der Wittwe, die Satzungsgewere eines Pfandinhabers; aber alle diese Rechte erscheinen weit mehr dem Eigenthume coordinirt, als ihm subordinirt. Der Grund hiervon liegt offenbar darin, daß die Rücksicht auf das sichtbare Band zwischen Person und Sache, auf die reelle Gewere überall im Vordergrunde steht. Der eine factische Besitz sieht nämlich äußerlich eben so wie der andere aus, sobald man von dem tieferen Grunde desselben abstrahirt, und das Augenmerk vorzugsweise auf die äußere Erscheinung richtet.

2. Aber auch diejenigen beiden Rechtstheile, die wir im römischen System als Sachen- und Obligationenrecht bezeichnen, treten im deutschen in eine ganz andere Beziehung zu einander, und stehen sich hier gar nicht mehr als geschlossene, abgerundete Gebiete gegenüber. Die durch Vertrag begründeten Verhältnisse, bei welchen das römische Recht von jemandem sagt: naturaliter tenet, sed non possidet, scheiden in demselben zwar nicht ganz aus dem Sachenrechte aus, aber das persönliche Element ist bei ihnen so sehr das überwiegende, daß sie mehr dem Obligationen- als dem Sachenrechte angehören. Anders im deutschen Rechte; denn da auch der Commodatar, Pächter, Miether u. s. w. eine Gewere an der Sache hat, so fallen alle diese Verhältnisse mehr in die Theorie des Sachenrechts hinein, welches auf diese Weise einen sehr erweiterten Umfang erhält.

Die altdeutsche Ansicht wirkt praktisch auch heute noch in den wichtigsten Beziehungen nach. Das deutsche Recht hat an solchen Instituten, welche eine völlige Zersetzung des Eigenthums zur Folge haben mußten, zu keiner Zeit einigen Anstoß genommen. Man denke an die alte Lehnsverfassung und in Betreff vieler noch heute praktischen Verhältnisse, besonders an die im agrarischen Rechte hervortretende Seite derselben; nicht minder an unsre heutige Hypothekenverfassung; wobei sich überall deutlich zeigt, wie die Ausbildung eines abstracten Eigenthums im Sinne des römischen, gar nicht im Geiste des deutschen Rechts gelegen hat. Ein sehr interessantes Beispiel einer Nachwirkung älterer

Ideen läßt sich ferner in dem Begriffe des dinglichen Rechts, so wie in der Stellung der persönlichen und dinglichen Rechte zu einander im Preußischen Landrechte erkennen; denn unverkennbar sind die so weit greifenden Abweichungen des letztern vom römischen Rechte hier nur aus dem unter 2. angeführten Grundgedanken des deutschen Rechts zu erklären. Gewiß sehr treffend sagt Bornemann in der Einleitung seines Buchs von Rechtsgeschäften nach Preußischem Rechte S. 23: „Die römische Theorie stellt das persönliche und dingliche Recht — obligatio und jus in re (unter welchem Namen also hier auch das Eigenthum mit begriffen werden soll) — als zwei in sich geschlossene und von einander scharf gesonderte Theile des Vermögensrechts neben einander. Das Landrecht behandelt dagegen das persönliche und dingliche Recht nur als zwei verschiedene Stufen eines und desselben Rechts. Jenes ist die unvollkommnere, dieses die vollkommnere Aeußerung des subjectiven Rechts; jenes der Weg zum dinglichen, dieses das Ziel des persönlichen Rechts." Daß aber die Ansicht des Landrechts ihre eigentliche Wurzel im älteren deutschen Rechte habe, scheint dem genannten Gelehrten selbst nicht ganz klar zum Bewußtseyn gelangt zu seyn.

§. 5. Das Wort Gewere.

Um jedoch zu dem Worte Gewere zurückzukehren, um welches sich das altdeutsche Sachenrecht bewegt, so sind hier die Aeußerungen von Jac. Grimm D. R-Alt. S. 602 an die Spitze zu stellen, und dort heißt es mit Beziehung auf den Sachsenspiegel und Homeyer's Register, es müßten dreierlei Wörter unterschieden werden, welche grammatisch und ihrem Sinne nach nichts gemein hätten.

1. „wern, Gothisch varjan, prohibere, defendere; davon Were, arma, munitio, ein unjuristischer Begriff."

2. „wern (vestire), Goth. vasjan; davon Were, Gewere." (Homeyer 2te Ausg. im Regist. 3. 4.) Die alten Volksrechte, Capitularien und Urkunden sagen dafür vestitura, vestitio, possessio; der liber feudorum gewöhnlich possessio, auch investitura; der vet. auctor de benef. mehrentheils possessio, jedoch in einer ganzen Reihe von Stellen auch wa-

randia; die lateinische Uebersetzung des Sachsenspiegels possessio, potestas, clausura.

3. „wërn (praestare), wovon wëre, gewëre, praestatio, cautio." In der lateinischen Uebersetzung des Sachsensp. wird dafür varenda, varendatio, für den Gewährleister (auctor) varendator, waranda gesagt. Der lib. feud. II. 34, 1. hat guarentizare.

Gegen die strenge Unterscheidung der obigen drei Wörter habe ich gewisse juristische Bedenklichkeiten nie unterdrücken können. Zunächst scheint ihnen allen eine Grundidee, die des Schutzes, der Vertheidigung gemeinsam anzugehören [7]). Außerdem aber möchte nicht unwichtig seyn, daß die Gewere unter No. 2. an Stellen, wo Besitz damit gemeint ist, in älteren Rechtsquellen nicht selten mit warandia übersetzt wird [8]). Was insonderheit den ersten Punkt anbetrifft, so kommt hierbei in Betracht, daß eben jene Gewere unter No. 2. ursprünglich nicht sowohl Besitz, als vielmehr eine auf Schutz hinzielende Handlung, eine Thätigkeit dessen, der den Besitz übertrug, bezeichnete. Die ältesten Quellen unterscheiden nämlich bei der Uebertragung von Grundstücken zwei von einander getrennte Handlungen, die traditio, sala, Auflassung, und als einen derselben nachfolgenden Act die vestitura (später gewöhnlich investitura), Geweri, die förmliche Einkleidung in den Besitz eines Grundstückes [9]). Später trat jedoch an die Stelle dieser Vestitur des ältern Rechts die Einweisung des Erwerbes in den Besitz des Grundstückes,

---

7) Auch Beseler, die Vergebungen von Todes wegen S. 22. Not. 3. scheint einen Zusammenhang zwischen obigen Wörtern anzunehmen, wenn er sagt: „Der Gewere liegen drei gothische Formen zu Grunde: vasjan (vestire), varjan (prohibere, defendere), vairan (?) praestare."

8) Vet. Auct. de benef. Cap. I. §. 20. 26. 30. 42. 80. 93. 103. 122. 144. III. 4.

9) Die Hauptstelle über den Unterschied und das Verhältniß von traditio und vestitura in älterer Zeit findet sich in einem Capitul. a. 817. c. 6. bei Pertz Legum tom. I. p. 211. Im Wesentlichen schließe ich mich der Erklärung von J. Grimm D. R.-Alt. 555. und Beseler S. 20 fg. a. a. O. an.

und zwar unter gerichtlicher Autorität; hierdurch änderte sich aber auch der Sprachgebrauch in Betreff des Wortes vestitura, indem man dies nun für die Auflassung selbst gebrauchte [10]). Unverkennbar liegt in der Verpflichtung zur Vestitur im ältern Sinne, welche der Tradens bei der Auflassung übernahm und, wofür er Bürgen zu bestellen pflegte, eine Verpflichtung zur Vertretung dessen, dem die Auflassung geschehen war. Die ursprüngliche Bedeutung der Geweri bestand nach Beseler S. 28 a. a. O. darin, daß derjenige, dem eine Auflassung ertheilt war, in eine solche Lage versetzt wurde, worin er das erworbene Recht auch ohne factische Hindernisse zur Ausübung bringen konnte; und dieses wurde durch eine auf dem Grundstücke vorgenommene öffentliche Handlung erreicht, welche andeutete, daß er in das Verhältniß der unmittelbaren Herrschaft über dasselbe getreten sey. Aber mit dieser förmlichen Handlung war die Verpflichtung zur Gewere gewiß noch nicht vollständig erfüllt. Es handelte sich offenbar um mehr als eine bloße Formalität, und jene Verbindlichkeit ging auch dahin, den Besitzer so lange im Processe zu vertreten, als dieser noch nicht sein eigener warandus seyn konnte; eben jene Vertretung aber war im Grunde nur eine Fortsetzung des einzelnen Actes der Vestitur. Von dieser Handlung der darin körperlich dargestellten Besitzeinräumung ging dann der Name Gewere, vestitura, investitura in einem abgeleiteten Sinne auch auf das Verhältniß unmittelbarer Herrschaft oder den Besitz des Empfängers selbst über [11]). Derselbe erhielt die Gewere, den Besitz, durch die Gewere, die Einkleidung in den

---

10) Beseler S. 37. Not. 44. a. a. O.

11) Vgl. Capitula per se scribenda a. 817. c. 6. bei Pertz Legum tom. I. p. 215. — Capitula missorum a. 817. c. 2. bei Pertz l. l. p. 217. — Responsa misso cuidam data a. 819. c. 6. (Pertz l. l. p. 227.) „Vestitura domini et genitoris nostri eo modo volumus ut teneatur, ubicumque esse dicitur, ut prius diligentissima investigatione perquiratur. Et si invenitur esse justa atque legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet, sive sit in ecclesiasticis, sive in palatinis rebus." c. 8. eod. Monum. Boica XI. 120. Codex diplom. Morawiae ed. Boczek. No. 41. II. Feud. 2. pr. Vgl. Albrecht Gewere Not. 125. Beseler a. a. O. S. 37. Not. 44.

Besitz. Die Gewere als Besitz gedacht äußerte sich dann auch ganz natürlich als Vertretung der Sache selbst gegen außen hin, sobald ein Dritter irgend einen Anspruch auf diese Sache erhob[12]); aber sobald jemand nicht eine **rechte** Gewere hatte, bedurfte er im Falle eines Angriffes eines auctor, warandus, welcher die Sache statt seiner vertreten mußte; wer dagegen eine rechte Gewere hatte, war nun sein eigener warandus geworden[13]), und so scheinen also bei der rechten Gewere (legitima possessio), welche zur propria warandia wird, die Begriffe Gewere unter No. 2. und Gewëre unter No. 3. ganz in einander zu fließen. Es versteht sich, daß beide Wörter damit nicht für ein und dasselbe erklärt werden, aber vielleicht könnte man sagen, daß beide nur verschiedene Seiten desselben Grundgedankens ausdrücken[14]).

Welches nun aber auch das Verhältniß zwischen den oben genannten drei Wörtern seyn möge: so wird doch im Folgenden zunächst von der Gewere in dem unter Nr. 2. angegebenen Sinne[15]), woraus unser heutiges Gewahrsam hervorgegangen ist, die Rede seyn. Daß das Wort in dem obigen Sinne bei der fahrenden Habe eben so wie bei unbeweglichen Sachen gebraucht wird, ist aus den Quellen bekannt.

§. 6. Verschiedene Seiten des Begriffes Gewere.

Wenn es richtig ist, was oben bemerkt wurde, daß das deutsche Recht für die sichtbaren wie die unsichtbaren Verbindun-

12) **Albrecht** a. a. O. S. 9 f. 29. 65.

13) Jus Susat. Art. 34. (b. **Emminghaus** p. 123.) „Quicunque de manu schultheti — domum — vel mansum — receperit et per annum et diem legitimum quiete possederit, — de cetero sui warandus erit nec amplius — gravari poterit."

14) Die beiden Begriffe gewere (possessio) und gewëre (praestatio, cautio, varendatio) scheinen auf merkwürdige Weise an die so viel bestrittenen des römischen Rechts: usus und auctoritas, zu erinnern. Cic. Topic. c. 4. Orat. pro Caecinna c. 19. **Unterholzner** Verjährungslehre Bd. I. §. 7. S. 31 fg. §. 30. S. 107 fg.

15) Das französische Recht sagt saisine (in alten Urkunden saisina), was also auf Ergreifen, Anfassen hindeutet. **Mittermaier** Grundſ. des d. Privatr. 5te Ausg. §. 150.

gen zwischen Personen und Sachen (vorzugsweise den unbeweglichen) keinen andern allgemeinen Namen als den der Gewere kennt, so scheint der Charakter des alten Sachenrechts schon hiernach allerdings sehr einfach gewesen zu seyn. Allein wenn es sich auch in der Wirklichkeit so verhalten haben sollte: die wissenschaftliche Forschung wird durch diese ewige Wiederkehr des nämlichen Wortes nicht erleichtert, da es klar ist, daß doch nicht immer derselbe Begriff damit verbunden werden darf. Eben dies giebt sich dann auch in einer Menge von Zusätzen kund, welche dem Worte Gewere beigefügt werden, und durch welche sogar der Mangel einer bestimmteren Terminologie des Sachenrechts im Allgemeinen, wenigstens zum Theil, ergänzt worden ist. Es scheint hiernach unumgänglich nothwendig, alle die mehrfachen Species der Gewere unter gewisse allgemeinere Gesichtspunkte zu bringen, und auf diese Art gleichsam in verschiedene Classen zu ordnen. Hierbei kommt dann besonders in Betracht:

1. die Verschiedenheit in Betreff der Erscheinung der Gewere, woraus sich der Unterschied der reellen und ideellen Gewere ergiebt.

2. die Verschiedenheit in der innern Beschaffenheit der Gewere, noch abgesehen von den verschiedenen Gründen, auf denen dieselbe in den einzelnen Fällen beruhen kann. Als Hauptbegriff stellt sich in obiger Beziehung der der rechten Gewere dar, welche in ihren Wirkungen vorzüglich stark und kräftig erscheint. Man könnte sagen, das sonst in mehrfacher Hinsicht überwiegend als Besitztheorie auftretende deutsche Sachenrecht habe sich in dem Institute der rechten Gewere am meisten zu einer wahren Rechtstheorie herausgebildet, während es da, wo der Begriff der rechten Gewere im strengen Sinne des Wortes nicht Platz greift, wie namentlich bei der fahrenden Habe, weit mehr den Charakter einer bloßen Besitztheorie behauptet hat. Für diejenige Gewere, welche keine rechte im technischen Sinne ist und auch keine rechte werden kann, fehlt es in den Quellen an einem gemeinsamen Ausdrucke. Vielleicht ließe sich hier sehr zweckmäßig der Name gemeine Gewere anwenden; doch darf nicht übersehen werden, daß die Quellen diesen Ausdruck nicht gerade als bestimmten Gegensatz der rechten Gewere gebrauchen, wie sich dies gleich im folgenden §. zeigen wird.

3. die Verschiedenheit in den Gründen der Gewere, wobei dann die Eigens-, Lehns-, Leibgedings-, Satzungsgewere u. s. w. zu unterscheiden sind. Hier ist dann eine besonders interessante Frage, was aus allen diesen Species der Gewere seit dem Eindringen des römischen Rechts geworden sey, da es am Tage liegt, daß hieraus oft auch wichtige Folgerungen über die ursprüngliche Natur des deutschen Instituts gezogen werden können.

Nach diesem hier mitgetheilten Schema soll jetzt von der Gewere gehandelt werden.

Zweites Capitel.
Von der reellen und ideellen Gewere.

§. 7. Reelle und ideelle Gewere überhaupt. Ledigliche, hebbende, gemeine Gewere.

Fast auf allen Gebieten des deutschen Rechts läßt sich ein Fortschreiten von einer überwiegend materiellen zu einer mehr ideellen Auffassung rechtlicher Verhältnisse im Laufe der Zeit deutlich nachweisen [16]. Es scheint, daß eben dies auch auf das Sachenrecht Anwendung leide.

Gewere bedeutet zunächst ein rein Aeußerliches, das factische Innehaben einer Sache. In diesem Sinne wird der Ausdruck in so weiter Ausdehnung genommen, daß selbst eine ganz widerrechtliche Detention einer Sache, wie die des Diebes oder Räubers, eine Gewere genannt wird, und so kennen denn unsre Quellen auch eine diebliche und raubliche Gewere [17]. Natürlich wird aber der Ausdruck dann auch für jedes factische Innehaben einer Sache, welches auf einem wirklichen Rechtsgrunde beruht, gebraucht. Allein unmöglich kann die Fortdauer eines Rechtes, welches jemand auf eine Sache hat, an die Fortdauer jenes äußern Bandes der factischen Detention geknüpft seyn, so daß ein Verlust der Detention wider seinen Willen auch den Verlust des Rechtes nach sich zöge. Denn da die Fortdauer der Detention von tausend Zufälligkeiten abhängt, so läge darin im

16) Nirgends tritt dies interessanter als in der Geschichte des deutschen Criminalrechts hervor.

17) Sachsensp. II. 24. 25.

Grunde ein Negiren aller selbstständigen Rechte auf Sachen. Eben für jenes Recht auf eine Sache ohne die factische Innehabung hat nun das deutsche Recht auch keinen andern allgemeinen Ausdruck als Gewere, und der Sinn des Wortes hat sich also hier gleichsam vergeistiget. In dieser Bedeutung wird dasselbe gebraucht, wenn es z. B. im Sächsischen Lehnrechte Art. 7. heißt, daß einem Lehnsherrn, welcher einem Manne sein Gut leihet, damit die Gewere gegen den Oberlehnsherrn nicht geferuet sey; eben so im Baierischen Landrechte Tit. 15. c. 203, wo Gewere und Recht untermischt gesetzt sind:

„Waer aber ob jemant ains aigens oder ains lehens saezz pey nucz und pey gewer, und wurd er dez entwert, mit herren briefen oder von welcherley sache oder von welchem gewalt daz geschaech, daz sol dem unschedlich sein an seiner gewer, der also entwert ist, und chaem aber ez zuo ainem rechten, so sol ez (er) sten in allem dem rechten alz dez tages, da er sein entwert ward." 18)

Auch scheint es auf ein feines Gefühl hinzudeuten, daß im Vet. A. I. 26. bei der Bezeichnung dieser unsichtbaren Gewere der Ausdruck possessio vermieden, und dafür warandia gebraucht ist. Uebrigens läßt sich nun nach dem Gesagten folgendes Schema aufstellen. Es ist zu unterscheiden:

1. Reelle Gewere, factischer Besitz. Diese kann aber seyn:

a. eine unrechtmäßige, wie die des Diebes oder Räuber;

b. eine rechtmäßige Gewere.

2. Ideelle Gewere, d. h. ein Recht auf die Sache ohne den factischen Besitz, und diese Gewere kann natürlich immer nur eine rechtmäßige seyn. Man könnte dieselbe nach dem Vorgange von Albrecht, der aber freilich sonst mit den folgenden Worten einen andern Sinn verbindet, eine juristische Gewere nennen, gleichsam eine solche, quae juris, non facti est. Doch scheint es mir bedenklich, das Wort juristisch als Zusatz von

18) Heumann Opuscula p. 106. von Freyberg Sammlung histor. Schriften Bd. 4. H. 3. S. 455.

Gewere in einem ganz andern Sinne zu gebrauchen, als den wir im gemeinen Rechte, wenn von juristischem Besitze die Rede ist, damit zu verbinden pflegen, da es hier bekanntlich nicht den Gegensatz der factischen Detention, sondern den animus rem sibi habendi bezeichnet. Hierzu kommt, daß jene unsichtbare Gewere nach deutschen Begriffen gar nicht mehr unter die Kategorie des Besitzes, sondern des Rechts fällt, und ein unserer Terminologie der römischen Besitztheorie entlehnter Ausdruck auch aus diesem Grunde Manches gegen sich hat. Ich werde daher die unsichtbare Gewere lieber mit dem Namen der ideellen bezeichnen.

Die so häufige Formel: eine Sache in seinen Geweren oder in Nutz und Geweren haben, bezieht sich immer nur auf die reelle Gewere. Um es aber besonders hervorzuheben, daß von einer solchen die Rede sey, wird auch die Formel gebraucht: ein Gut in seinen lediglichen Geweren haben. Nach Eichhorn (D. Privatr. §. 156.) soll dieser Ausdruck auf die Gewere im eigentlichen Sinne im Gegensatze des Besitzes in fremdem Namen, zuweilen aber auch auf den Besitz desjenigen gehen, welcher die Vortheile des juristischen Besitzes genießt. Die Gewere im eigentlichen Sinne heißt dann bei Eichhorn a. a. O. auch Gewere im technischen Sinne; aber die ganze Unterscheidung einer Gewere im technischen und nicht technischen Sinne (juristischer Besitz im Gegensatze des alieno nomine possidere des römischen Rechts) scheint mir weder in den Quellen noch im Geiste des deutschen Rechts begründet und eine nicht statthafte Anwendung römischer Begriffe auf die davon ganz verschiedenen deutschen zu seyn. Albrecht a. a. O. S. 8. erklärt den Ausdruck ledigliche Gewere dem Resultate nach übereinstimmend mit mir, glaubt aber, daß das Wort lediglich hier dieselbe Idee bezeichne, welche den in den Glossarien aufgeführten Bedeutungen der Worte „ledig, lediglich, Ledigheit", zu Grunde liege, nämlich die Idee der Freiheit von Beschränkungen. Da jedoch der Zusammenhang zwischen dieser Bedeutung von lediglich und dem angenommenen Begriffe der lediglichen Gewere keinesweges recht klar heraustritt, so möchte ich es für wahrscheinlicher halten, daß mit lediglich als Zusatz zu Gewere ein ähnlicher Begriff bezeichnet werde, wie in den Formeln: es habe bei irgend etwas lediglich sein Bewenden, es sey ein Urtheil lediglich zu

bestätigen, ein Kläger lediglich abzuweisen u. s. w. Offenbar liegt hier in dem Worte **lediglich** die Idee einer gewissen Ausschließlichkeit, indem eben dieses, daß das frühere Urtheil bestätigt, daß der Kläger abgewiesen werde, als das einzig Statthafte und rechtlich Zulässige damit bezeichnet werden soll. **Lediglich** könnte auch fehlen; der Sinn wäre derselbe, aber der Nachdruck würde nicht mehr vorhanden seyn, welcher durch jenes Wort hervorgebracht wird. Ein Gut in lediglichen Gewehren haben, scheint daher nichts Anderes zu seyn, als es in alleinigen, ausschließlichen Gewehren haben; nur ist die Idee der Ausschließlichkeit, die in jeder reellen Gewere liegt, hier noch besonders hervorgehoben. Schwerlich darf hiernach das **lediglich** auf die Bedeutung eines technischen Ausdrucks Anspruch machen, und hierauf scheint auch der Umstand hinzudeuten, daß es die eine Rechtsquelle in demselben Satze wegläßt, wo es die andere beifügt [19]).

Der Ausdruck hebbende gewere [20]) erklärt sich von selbst. Daß dabei an factischen Besitz gedacht wird, liegt am Tage, und wird bestätigt durch Art. 29. im Richtst. des Lehnrechts.

> „Eine lenesgewere, dat is, dat eyn gut dy vorlenet sy, motestu tugen mit sessen des herrn mannen; sunder eyne hebbende were, dat is, **dat du de nutt darut borest**, mit sessen bederven mannen, we se sin."

Aber im Sächsischen Lehnrechte Art. 40, wo sich derselbe Satz ausgesprochen findet, wird statt hebbende gew. der Ausdruck gemeine gew. gebraucht, und dies führt noch zu einer andern Seite der mit diesen Ausdrücken verbundenen Begriffe; denn daß in den Worten **gemeine Gewere** eine unmittelbare Beziehung auf das factische Innehaben der Sache nicht mehr enthalten ist, scheint klar zu seyn. Die Erklärung möchte darin liegen, daß jeder factische Besitz als solcher in die Sphäre des **Landrechts** fällt. Daher der Gegensatz der hebbenden, gemeinen Gewere und der Lehnsgewere. Auch der Vasall vermag,

---

19) Vgl. Sachsensp. I. 34. §. 2. mit Schwabensp. bei **Senck.** 316. §. 1. Außerdem Sachsensp. II. 57. Schwabensp. 337.

20) Vgl. Bremer Statut. v. 1303. Ordn. 6. (b. **Oelrichs** Samml. der Gesetzbücher Bremens). **Kraut**, Grundriß zu Vorlesungen üb. D. Privatr. S. 129. No. 11. S. 148. No. 28.

wenn ihm eben nur die Detention bestritten wird, dieselbe mit sechs biedern Männern, wer die seyen, zu beweisen. Wird ihm aber die Lehnsgewere bestritten, d. h. daß ihm ein Gut vom Herrn verliehen worden sey, so kann er den Beweis derselben nur mit sechs andern Lehnsmännern desselben Herrn führen. Diese ganze Unterscheidung hat dann eben ihren Grund darin, daß die bloße Detention des Vasallen als solche in nichts von jeder andern abweicht. Für die obige Ansicht spricht dann namentlich auch die lateinische Uebersetzung von Cap. 72. des schwäbischen Lehnrechts. Denn hier wird der Satz, daß nur ein von dem Herrn belehnter Mann Zeuge der Lehnsgewere, dagegen jeder an seinem Rechte unbescholtene Mann Zeuge einer gemeinen Gewere seyn möge, so wiedergegeben: **Testes in causis feudalibus non possunt esse nisi qui a domino investiti fuerint. In causis vero civilibus quilibet testis esse poterit, qui infamia non est notatus.** Uebrigens möchte sich im Allgemeinen behaupten lassen, daß die obigen Ausdrücke in der Gesammttheorie der Gewere weiter keine besondere Rolle spielen.

§. 8. Die sogenannte juristische Gewere bei Albrecht.

Die Ansicht, welche von der ideellen Gewere aufgestellt worden ist, fordert zu einer genauen Beleuchtung der von Albrecht entwickelten Grundsätze auf. Seiner Darstellung zufolge ist zu unterscheiden:

1. Gewere in der Bedeutung von Besitz mit factischer Detention der Sache, die von mir sogenannte reelle Gewere. Davon handelt §. 2. seines Werkes, und anhangsweise wird hier auch die Bedeutung von Haus und Hof mit erwähnt. (Homeyer's Register s. v. Gewere Nr. 3.)

2. Gewere, mit welcher der Besitz nicht verbunden ist, juristische Gewere von ihm genannt. Davon im Allgemeinen spricht der §. 4. Von dieser nach meinem Sprachgebrauche ideellen Gewere bildet sich Albrecht einen künstlichen Begriff. Dieselbe soll nämlich das Verhältniß dessen bezeichnen, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat; d. h. also doch wohl im Grunde genommen nichts Anderes, als diese Gewere soll so viel als ding-

liche Klage bedeuten. Nachdem Albrecht hierauf fünf Hauptfälle jener juristischen Gewere aufgezählt hat, fährt er S. 24. fort:

„Wenn in der Folge erwiesen werden wird, daß eine dingliche Klage die stete Folge der juristischen Gewere sey, und wo die letztere fehlt, auch die erstere nicht existirt, so könnte man glauben, die Sache ganz einfach dadurch zu erklären, daß man annimmt, Gewere diente dem deutschen Rechte auch zur Bezeichnung des dinglichen Rechts (das Eigenthum mit eingeschlossen). Allein abgesehen davon, daß es in der That eine unbegreifliche Armuth der Sprache verrathen würde, für zwei so heterogene Begriffe, wie der des Besitzes und des dinglichen Rechts, nur einen Namen zu haben, läßt sich, wie ich glaube, die Unhaltbarkeit jener Idee vorzüglich deutlich an der fahrenden Habe darthun."

Der Verfasser denkt hierbei an die Regel: Hand muß Hand wahren, in welcher er einen besonders schlagenden Grund für seine Theorie der juristischen Gewere zu finden glaubt. Davon das Nähere unten. Man weiß schon aus dem Vorigen, daß ich grade diejenige Ansicht für die richtige halte, welche in der mitgetheilten Stelle von Albrecht zurückgewiesen wird, indem mir die ideelle Gewere wirklich nichts Anderes als das Recht an der Sache selbst zu bedeuten scheint. Hierbei glaube ich mich jedoch noch gegen ein mögliches Mißverständniß verwahren zu müssen. Ich behaupte keineswegs, daß in jedem Falle demjenigen, der ein Recht an einer Sache ohne factischen Besitz derselben hatte, noch eine Gewere, (welches dann eben nur eine ideelle hätte seyn können,) zugeschrieben worden sey. Denn eben dies könnte man für gewisse Fälle wohl noch in Zweifel ziehen, vorzüglich dann, wenn der Eigenthümer einer beweglichen Sache dieselbe einem Andern unter der Bedingung der Rückgabe hingegeben hatte. (Vgl. unten §. 11. am Ende.) Meine Ansicht geht vielmehr nur dahin, daß dann, wenn jemandem, der nicht factisch besitzt, eine Gewere an einer Sache zugeschrieben wird, hierunter eben nur sein Recht an derselben zu verstehen sey.

Der von Albrecht aufgestellte Begriff der juristischen Gewere ist also jetzt noch einer besondern Prüfung zu unterziehen.

§. 9. Kritik der von Albrecht über die juristische Gewere aufgestellten Ansicht im Allgemeinen.

1. Das daraus entlehnte Argument, daß es eine unbegreifliche Armuth der Sprache verrathen würde, für zwei so heterogene Begriffe wie der des Besitzes und des Rechts auf die Sache nur einen Namen zu haben, möchte wohl nur sehr wenig beweisen. Denn die Armuth ist offenbar gleich groß, möge das deutsche Recht für jene zwei Begriffe nur einen Namen, oder möge es einen solchen nur für den Besitz, und für das Recht gar keinen haben. Ja die Armuth der Sprache ist in diesem zweiten Falle noch größer, und eben dieser Fall ist die andere Alternative. Denn wenn Gewere nicht auch zugleich das dingliche Recht bedeutet, so fehlt es für dieses im deutschen Rechte ganz an einer Bezeichnung. Es ist ja bekannt, wie spät selbst der Ausdruck Eigenthum erst Aufnahme gefunden hat [21]). Sieht man übrigens von allen künstlichen Theorien ab, so scheinen auch die Begriffe Besitz und dingliches Recht gar nicht so heterogen zu seyn, wie dies von Albrecht angenommen wird. Der regelmäßige Fall ist immer der, daß derjenige die Sache besitzt, dem auch das Recht auf dieselbe zusteht. Wenn nun bei diesem von einer Gewere gesprochen wird, so liegt es sehr nahe, nicht blos seine Detention, worauf das Wort zunächst gerichtet ist, sondern auch sein Recht auf die Sache unter diesem Namen zu begreifen. Dann gehörte aber gewiß nur ein sehr kleiner Schritt dazu, um ihm auch dann noch eine Gewere zuzuschreiben, wenn er die Detention nicht mehr hatte, dagegen aber das unsichtbare, rechtliche Band zwischen ihm und der Sache noch fortdauerte. Es war dies eine Vergeistigung des Begriffes Gewere, wie uns etwas Aehnliches auch in den übrigen Gebieten des deutschen Rechts, z. B. in Criminalrechte, auf höchst interessante Weise entgegentritt. Ueberall wächst im Laufe der Zeit die Rücksicht auf das Innere, auf Idee, Absicht und Willen, und die äußere Erscheinung, das sichtbare Verhältniß muß sich der Herrschaft der Idee immer mehr unterwerfen.

2. Wenn nach Albrecht eine Gewere, die nicht mit Besitz verbunden ist, nicht sowohl ein dingliches Rechts, als vielmehr

21) Vgl. Jac. Grimm D. R.-Alt. 461.

eine dingliche Klage dessen, dem sie zugeschrieben wird, bedeutet, so scheint dies gegen das naturgemäße Verhältniß zwischen Klage und Recht überhaupt zu sprechen. Eine Klage ist ja selbst nichts Anderes als eine eigenthümliche Art der Ausübung eines angeblich vorhandenen Rechts. Es läßt sich wohl denken, daß jemand ein dingliches Recht, und doch aus besondern Ursachen keine dingliche Klage aus demselben; aber unmöglich, daß jemand eine wohlbegründete dingliche Klage in eigenem Namen, und doch kein dingliches Recht habe. Daher wird Albrecht zugeben müssen, daß die von ihm sogenannte juristische Gewere in den von ihm aufgezählten Fällen jedenfalls auch das dingliche Recht mit bedeute, vermöge dessen dem, der die Gewere hat, dann auch die dingliche Klage zugestanden wird. Der Eigenthümer einer beweglichen Sache, dem diese gestohlen wird, hat die dingliche Klage aber nur, weil er nach wie vor Eigenthümer bleibt; der Erbe hat die dingliche Klage, weil mit dem Tode des Erblassers die sämmtlichen Rechte dieses letzteren auf den Erben übergehen. So ist ja auch die Rechtsparömie: der Todte erbt den Lebendigen, in praktischer Beziehung stets verstanden worden, namentlich im Staatsrechte, wo mit dem Tode des bisherigen Regenten der Thronfolger ohne irgend ein Zuthun von seiner Seite, ja selbst wenn er von dem Tode noch gar keine Nachricht erhalten hätte, Regent geworden ist. Deshalb ist übrigens unter der Gewere des Gutes, von welcher das sächsische Lehnrecht 6. sagt, daß sie der Vater auf den Sohn vererbe, keinesweges das Erbrecht zu verstehen; denn wie könnte denn der Vater auf den Sohn das Erbrecht vererben [22])? Das Erbrecht des Sohnes hat seinen eigenen Grund, und beruht eben darauf, daß er Sohn ist. Aber dieses Erbrecht bewirkt, daß die Gewere des Gutes, so wie sie der Vater hatte, gleich bei dem Tode des Vaters auf den Sohn übergeht, ohne daß es irgend eines Erwerbungsactes von Seiten des letzteren dazu bedarf. Das deutsche Erbrecht erinnert mithin allerdings an das Princip, welches bei der Intestatsuccession für die sui heredes im römischen Rechte galt.

3. Albrecht scheint anzunehmen, daß sich die von ihm sogenannte juristische Gewere auf eine gewisse Reihe aufzählbarer

22) Albrecht a. a. O. 33.

Fälle zurückführen lasse, und hebt als Hauptfälle folgende fünf hervor:

a. wenn der Besitz einer beweglichen oder unbeweglichen Sache wider Willen des Inhabers und ohne Veranlassung eines richterlichen Spruches verloren geht;

b. wenn eine unbewegliche Sache zwar mit dem Willen des Besitzers, aber nicht in Folge der gerichtlichen Auflassung oder Investitur, sondern durch simple Tradition an einen Andern gelangt, indem hier in der Hand des Tradens eine juristische Gewere zurückbleibt;

c. wenn jemand eine Sache erbt;

d. wenn sie ihm durch richterliches Urtheil zuerkannt wird;

e. wenn jemandem eine unbewegliche Sache auf dem Wege der gerichtlichen Auflassung ohne Tradition übertragen wird.

Meines Bedünkens hat die Ansicht, daß es möglich sey, die einzelnen Fälle der juristischen Gewere so aufzuzählen, daß damit das ganze Institut gleichsam erschöpft werden könnte, schon im Allgemeinen sehr viel gegen sich. Es heißt dies ein quantitatives Princip an die Stelle eines qualitativen setzen. Aber selbst abgesehen hiervon kommen ja in den Quellen ganz unzweideutige Zeugnisse vor, wo jemandem, der die Sache nicht besitzt, eine Gewere zugeschrieben wird, und wo eben diese ideelle Gewere doch unter keinen der bei Albrecht aufgezählten Fälle subsumirt werden kann. Namentlich gehören dahin alle diejenigen Fälle, wo der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache nicht blos den Besitz, sondern auch ein dingliches Recht an derselben einem Andern durch gerichtliche Auflassung überträgt, ohne jedoch sein Eigenthum an der Sache aufzugeben. Daß dem Eigenthümer in solchem Falle eine Gewere bleibe, welche doch eben nur eine ideelle ist, kann keinem Bedenken unterliegen; aber unter einen der bei Albrecht aufgezählten Fälle der juristischen Gewere läßt sich dieselbe nicht mehr subsumiren. Wenn z. B. das sächsische Landrecht 40. sagt, daß, wenn gleich der Mann oder Vasall das Gut in seiner Gewere mit der Nutzung habe, deshalb seinem Herrn die Lehnsgewere keinesweges entzogen sey (vgl. sächs. Lehnr. 7.): was ist dies nun nach Albrecht für eine Gewere, welche hier dem Lehnsherrn oder Afterlehnsherrn zugesprochen wird? Eine reelle doch gewiß nicht, aber unter die von ihm angeführten Fälle der juri-

stischen Gewere paßt sie ebenfalls nicht. Albrecht sagt selbst S. 8, und an andern Orten kommen ähnliche Aeußerungen vor, es würde durchaus unrichtig seyn zu behaupten, daß der Lehnsherr nach der Infeudation, oder der Vasall nach der Afterbelehnung die Gewere zu Eigenthum oder zu Lehnrecht einbüße. Dies ist nach meiner Ansicht vollständig einzuräumen; daraus folgt aber zugleich, daß es gewisse und zwar sehr wichtige Arten der ideellen (juristischen) Gewere giebt, deren Verhältniß zu der von Albrecht sogenannten juristischen Gewere in seinem Werke unaufgelöst geblieben ist, und ich verhehle nicht, daß ich grade hierin stets einen Hauptgrund des in letzterem zuweilen hervortretenden Mangels an Klarheit gesucht habe. — Zweifelhafter ist die Frage, ob dem Eigenthümer einer beweglichen Sache, welcher dieselbe einem Andern nur zum Gebrauche, zum Pfande u. s. w. freiwillig überläßt, eine Gewere, welches natürlich auch nur eine ideelle seyn könnte, an der Sache bleibe? Um jedoch hierüber auch nur eine Art Vermuthung auszusprechen, werden Erörterungen vorausgesetzt, zu denen sich die Gelegenheit erst weiter unten finden wird.

4. Einen Hauptgrund für die Ansicht, daß die Gewere ohne factische Detention nicht das dingliche Recht selbst, sondern nur die dingliche Klage bedeutet, findet Albrecht in der Regel: Hand muß Hand wahren. Der Gedankengang in seiner Darstellung S. 24. fg. ist dieser. Eine juristische Gewere bringt stets eine dingliche Klage hervor. Aber derjenige Eigenthümer, der eine bewegliche Sache freiwillig aus seinen Geweren gegeben hat, ohne jedoch Eigenthum auf den Empfänger derselben zu übertragen, hat keine dingliche Klage, folglich auch keine juristische Gewere. Dennoch aber muß natürlich angenommen werden, daß er noch ein dingliches Recht an der Sache hat. Kommt ihm aber dieses und doch keine juristische Gewere zu, so folgt hieraus, daß beides im deutschen Rechte nicht identisch ist, oder mit andern Worten, daß Gewere ohne Detention nicht das dingliche Recht überhaupt bedeutet.

Nach meiner Ansicht ist jedoch auf dieses Argument kein Gewicht zu legen, weil ich glaube, daß die Regel: Hand muß Hand wahren, aus einem ganz andern Grunde zu erklären sey, als daraus, daß es demjenigen, der eine bewegliche Sache frei-

willig aus seinen Geweren gelassen hatte, ohne jedoch Eigenthum daran auf den Empfänger zu übertragen, an einer juristischen Gewere gefehlt habe. Dies führt zu der Nothwendigkeit, das Eigenthum an beweglichen Sachen und die Bedeutung der Regel: Hand muß Hand wahren im deutschen Rechte, schon hier genauer ins Auge zu fassen.

§. 10. Das Eigenthum an beweglichen Sachen überhaupt. Forderung — Anfang. Die Formeln: sich zu einer Sache ziehen — sich einer Sache unterwinden.

Alle nur möglichen Arten, wie eine bewegliche Sache aus der Hand ihres Eigenthümers oder rechtmäßigen Besitzers in die Hand eines Andern, ohne Eigenthumserwerb von Seiten des letzteren, übergehen kann, lassen sich immer auf die zwei Hauptfälle zurückführen: jener Uebergang hat entweder mit oder ohne den Willen des Eigenthümers oder rechtmäßigen Besitzers Statt gefunden. Dem Unterschiede dieser beiden Fälle entsprechen in gewisser Beziehung zwei verschiedene Klagen, mit welchen fahrendes Gut verfolgt werden konnte: die Forderung, d. h. eine persönliche, und der Anfang (anevang), d. h. eine dingliche Klage.

Das deutsche Recht hat keine solche Klagetheorie wie das römische, so daß alle verschiedenen Rechte auch wieder mit besondern Klagen verfolgt werden müßten [23]). Klage, Ansprache, schuldigen, sind allgemeine Ausdrücke für die Verfolgung klagbarer Ansprüche überhaupt. Ob man, wie Albrecht S. 81. annimmt, dem Worte Forderung neben der engeren Bedeutung, wo es sich immer nur auf bewegliches Gut bezieht und dann den Gegensatz von Anfang bildet, auch noch jene allgemeinere für die Verfolgung jedes klagbaren Anspruches überhaupt einräumen

---

23) Eine sehr merkwürdige Nachwirkung des Mangels einer besondern Klagetheorie findet sich unter andern in der preuß. Gerichtsordnung Th. I. Tit. 5. §. 20. Aber schon das Canonische Recht steht hier, wie so häufig, auf germanischem Boden. Vom Anfang überhaupt: Gropp, der Diebstahl nach älterem Rechte u. s. w. (Crimin. Beiträge herausgegeben v. Hudtwalcker u. Trummer Bd. 2. H. 1. u. 2.) §. 5. Heft 2. S. 274. fg.

dürfe, bleibt doch etwas zweifelhaft. Gewiß ist, daß bei der fahrenden Habe Anfang und Forderung einander gegenüber gestellt werden.

Der Anfang war ursprünglich nur in sehr wenigen Fällen gestattet, weil zu seiner Rechtmäßigkeit vorausgesetzt wurde, daß die Sache dem Vindicanten (wenn auch vielleicht nur in der Eigenschaft eines Commodatars, Depositars u. s. w.) gehöre, und von ihm nicht etwa einem Andern ohne Uebertragung des Eigenthums, freiwillig überlassen worden sey. Die Klage begann mit Geruffte und mit der Anfassung der Sache, und hat eben daher ihren Namen. **Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam**, sagt das Ripuarische Volksrecht 33, 1.[24]). Verlor der Vindicant den Proceß, so mußte er an den Verklagten Buße, und an den Richter Gewette bezahlen. Uebrigens versteht sich von selbst, daß in dem Anfange an sich noch keine Beschuldigung des Diebstahls oder Raubes lag; denn die Klage stand dem Eigenthümer oder rechtmäßigen Besitzer gegen den Besitzer in gutem Glauben, der die Sache vom Diebe oder Räuber gekauft hatte, eben so wie gegen den letzteren selbst zu. Zur Bestätigung des Gesagten dienen folgende Stellen:

Sächs. Distinct. (bei Ortloff S. 256.) IV. 42, 1. **„Von rechte sal man keyn gud anefangen, wen dubig gud, adder geroubet gud, adder gud, daz eyn gesinde, also eyn mayt adder knecht, syme herren obel czu brengen adder siner fruwen**[25]). **3. Wer icht anefangen wel, der sal is thun mit geruffte unde mit der schepphen orteyl. Ist is gewant, tuch, silberin gefessze, czenen, kupphern, bligen, adder welcherley farnde habe daz ist, do sal her sich zcu zcin selbderte zcu den heyligen unvorsprochener lute, unde sal swern, do he daz gud aller nuwelisten sehe, daz is do sin were unde noch sin sy, also om god helffe unde alle heyligen. Darnach schuln dy czwene sweren, daz der eide rein sy unde nicht meineid, alz**

24) Rogge Gerichtswesen der Germanen S. 226 fg. J. Grimm D. R. Alterth. 589 fg.

25) S. nach **Jus Friburgense a. 1120.** §. 58. Goslarsche Stat. bei **Leibnitz T. III. 530, 1.**

in got helfe und alle heilgen." (Vgl. sächs. Distinct. bei Böhme IV, 13, 1. 3.).

Sachsensp. II. 36. — — — „Verluset her ouch jene der daz anevanget hat. her muz ez lazen mit buze und mit wette."

Schon frühzeitig gingen übrigens in dem Rechte des Anfangs sehr wesentliche Aenderungen vor, namentlich in der Art, daß die so benannte Klage dem Eigenthümer in weit ausgedehnterem Umfange zugestanden wurde. So heißt es im Richtsteig d. Landr. 11.

„Somige lüde seggen dat anvang en geschyt to rechte. denn an deme, dat verstolen off gewonnen wert, des en is doch nit, went ein iclich man moet des sins sich wol unterwinden, wair hüt et siet."

Man erkennt hier bei dem Verfasser des Rechtsbuches eine Hinneigung zu einer mehr objectiven Auffassung des Eigenthums. Ob derselbe dabei schon von Ideen des römischen Rechts geleitet wurde, läßt sich freilich nicht mit Gewißheit entscheiden. Wahrscheinlich würde das deutsche Recht auch ohne den Einfluß von außen allmählich eine objectivere Bedeutung des Eigenthums an beweglichen Sachen aus sich herausgebildet haben. Inwiefern übrigens in der angeführten Stelle des Richtsteigs zugleich ein Mißverständniß von Sachsensp. III. 22. enthalten zu seyn scheint, kann erst weiter unten nachgewiesen werden.

Dem Anfange gegenüber steht die Forderung, d. h. eine persönliche Klage, bei welcher man sich der Formen des Anfangs gänzlich enthalten mußte. Die Nichtdurchführung einer Forderung war straflos, außer wenn jemand eine Gewähr seiner Forderung gelobt hatte, hierauf aber ein Anderer eine Forderung auf dieselbe Sache geltend machte, und der erste Kläger den zweiten nicht zurückzuweisen vermochte; oder wenn demjenigen, der eine Gewähr seiner Forderung gelobt hatte, dieselbe gebrochen wurde. Denn in diesen Fällen mußte der Kläger gleichfalls Buße und Gewette entrichten [26].

---

26) Jus Susatense b. Emminghaus, art. 52. Sachsensp. I. 15. II. 15. Sächs. Weichbild 114. Sächs. Distinct. b. Ortloff IV. 44. b. Böhme IV. 15.

In den Quellen kommen aber auch ein Paar wichtige Formeln vor, die hier nicht übergangen werden dürfen: sich zu einer Sache ziehen, sich eines Gutes, einer Sache unterwinden. Albrecht S. 81. hat angenommen, daß dieselben technische Bezeichnungen des Anfangs seyen, und diese Ansicht scheint so ziemlich als die herrschende betrachtet werden zu dürfen. Ich kann dieselbe jedoch nicht theilen, indem ich beiden Formeln eine viel allgemeinere Bedeutung zuschreibe, und beide selbst wieder nicht für identisch halte. Sich zu einer Sache ziehen, heißt meines Bedünkens weiter nichts, als beweisen, daß man ein Recht an einer Sache habe. Jeder Anfang, bei welchem der Kläger siegt, enthält ein solches sich zu seiner Sache Ziehen, aber nicht umgekehrt; es konnte sich jemand zu einer Sache ziehen, ohne den Anfang vorzunehmen, d. h. mit einer bloßen Forderung. Es darf also gar nicht befremden, wenn bei dem Anfange auch von dem sich zur Sache Ziehen die Rede ist, ja wenn diese Formel in einzelnen Stellen gradezu für den Anfang gebraucht wird. Daraus läßt sich noch keinesweges eine Identität beider Begriffe herleiten, vielmehr erklärt es sich daraus, daß der Anfang eine von den Formen war, wie sich jemand zu einer Sache ziehen konnte. Am sichersten aber wird doch wohl dieser allgemeinere Sinn der obigen Formel dadurch bewiesen, daß dieselbe auch bei Klagen wegen unbeweglicher Güter vorkommt [27]). Denn dies wäre ja ganz unmöglich, wenn sie als eine technische Bezeichnung für den Anfang gegolten hätte. Die Stellen, welche Albrecht a. a. O. für seine Meinung anführt, scheinen mir hiernach nicht zu beweisen, was sie sollen, vielmehr alle in den oben Gesagten ihre Erklärung zu finden. Ganz besonders klar tritt eben jene allgemeine Bedeutung der Formel in den sächs. Dist. b. Ortloff IV. 42, 4. (Böhme IV. 13, 3.) hervor:

„Ab eyner synes hern gud adder siner fruwen gud icht vortoppelte ader vorspelte, czu dem gute mag sich dy fruwe adder der herre zcin selbderte, gleicherwis al ab is vorstoln wer adder ab is geroubet wer."

---

27) Vgl. Homeyer im Register zum Sachsensp. sub voce: tien, und den Sachsenspiegel selbst II. 41.

Hier sieht man recht deutlich, daß die Formel: sich zur Sache ziehen, allerdings auch den Anfang in sich begriff, daß es aber auch ein sich zu einer Sache Ziehen gab, was nicht mehr Anfang war, denn sonst wäre ja die Vergleichung mit dem gestohlnen und geraubten Gute völlig überflüssig gewesen.

Zum Beweise seiner Behauptung führt Albrecht S. 82., nachdem er vorausgeschickt, daß der Anfang die Klage des Erben gewesen sey, auch noch folgende Stellen an:

Schöffenurth. 4. (Böhme Th. VI. 129.) — — „ist gescheen das myne muter von todis wegin abestorbin ist unde mich alleyne iren son mit meynen kindern noch tode hod gelossin. Als habe ich mich angeczogin und allis ires guts und erbis farnde unde unfarnde underwunden habe. Des anefangit mich der selbin myner muter swestir umb dy gerade."

Sachsensp. I. 28. „Swaz so sus getanes dinges erbelos erstirbt. herwete. erbe. oder gerade. diz sal der richter halden jar und tac unvertan. und warten ab sich jeman dar zu zihe mit rechte."

Allein in andern Stellen, namentlich Sachsensp. II. 15. wird ja die Klage eines Mannes auf Hergewäte oder Erbe, einer Frau auf Gerade, ausdrücklich als Forderung bezeichnet, und außerdem ist es an sich schon im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß dem Erben gegen den Richter der Anfang zugestanden haben sollte. Das anefangit in dem mitgetheilten Schöffenurtheile ist daher wohl schwerlich in dem technischen Sinne für Anstellung des Anfangs zu verstehen, sondern entspricht unserem: sie hält sich an mich, sie nimmt mich in Anspruch, und eben dies geht ja auch aus der Verbindung anefangit mich hervor. In keinem Falle läßt sich aus beiden Stellen, im Verein betrachtet, der Schluß ziehen, daß sich zur Sache ziehen technische Formel für den Anfang gewesen sey.

Noch weniger kann der andern Formel: sich einer Sache unterwinden, die von Albrecht behauptete technische Bedeutung eingeräumt werden. An sich bezeichnet dieselbe etwas ganz Unjuristisches, nämlich eine Sache an sich nehmen, sich einer Sache bemächtigen. Wer einen Stein aufhebt, einen Zweig abschneidet, unterwindet sich dieser Sache, und in diesem unjuristi-

schen Sinne wird die Formel in der Sprache des Mittelalters unendlich oft gebraucht [28]). Bei dem Anfange kommt nun gleichfalls ein solches sich der Sache Unterwinden vor, das Angreifen und Halten der Sache, womit die gerichtlichen Verhandlungen den Anfang nahmen. Daher darf es nicht Wunder nehmen, wenn beim Anfange auch die obige Formel gefunden wird, aber keinesweges geht daraus hervor, daß sie eine technische Benennung für die als Anfang bezeichnete Klage selbst gewesen sey. Diejenigen, welche dies behaupten, wie unter Andern auch Eichhorn [29]), haben namentlich auch darauf keine Rücksicht genommen, daß die Formel bei Klagen, die auf Immobilien gerichtet sind, eben so gut wie bei der fahrenden Habe gebraucht wird [30]), und darin scheint auch hier die beste Widerlegung der obigen Ansicht enthalten zu seyn. Gewiß aber ist es, daß grade im deutschen Rechte bei der Beschaffenheit seiner Quellen Nichts gefährlicher ist, als gewissen Worten und Formeln eine technische Bedeutung beizulegen, die sie doch nicht haben. Eben weil die Quellen einer solchen Annahme doch so häufig nicht entsprechen, bewegt man sich dann nothwendig in lauter Ausnahmen von der Regel herum, oder wird zu den künstlichsten Erklärungen gezwungen, deren Resultate dem so natürlichen Geiste unseres alten Rechts nichts weniger als angemessen sind.

§. 11. Die Regel: Hand muß Hand wahren [31]).

Die Hauptstelle im Sachsenspiegel, welche den Grundsatz: Hand muß Hand wahren, ausspricht, ist II. 60.:

---

28) Vgl. unter andern G. Fr. Benecke Anmerkungen und Wörterbuch zum Wigalois s. v. sich unterwinden. Hierher gehört auch die Stelle im Sachsensp. III. 44., wonach sich Rom unter Julius Cäsar des Reiches unterwunden; desgleichen I. 63. §. 1.

29) Deutsches Privatrecht §. 170. Note h.

30) Sachsensp. I. 52., wo es bei der Klage auf Eigen, welches ohne Erlaubniß des nächsten Erben veräußert worden ist, heißt: der Erbe unterwindet sich dessen mit Urtheilen, als obde rjenige todt wäre, der es wider Recht veräußerte.

31) Die französischen Formeln dafür s. b. Mittermaier Grundſ. des d. Privatr. 5te Ausg. §. 153.

„Wilch man einem anderen liehet oder seczet phert oder cleyt oder icheiner hande varnde habe. zu wilcher wis her die uz sinen geweren let., mit sime willen. verkouft si der si in geweren hat. oder verseczt her sie. oder verspilt her sie. oder wirt sie ime verstolen oder abgeroubet. jene die si verligen oder versaczt hat. der en mac da nicheine vorderunge uf haben. ane uffe den deme her sie leich oder versaczte. Stirbet aber jene rechtes todes oder unrechtes. so zihe her sich zu sime gute mit rechte gein den erben oder gein den richter ab ez an in geburt."

In den sächsischen Distinct. b. Ortloff VI. 42, 14. lautet die im Druck hervorgehobene Stelle des Sachsensp. folgendermaßen:

„der sy vorlegen adder vorsaczt hatte, en mag keyne vorderunge getun, noch anefang doruf gehaben. Forderunge mag her wol czu deme haben, deme her sy liet adder seczt."

Außerdem verdient aus dem zuletzt genannten Rechtsbuche IV. 42, 5. a. a. O. noch eine besondere Hervorhebung, weil in dieser Stelle der Gegenstand der Forderung so ganz bestimmt ausgedrückt ist:

„Wer deme andern icht sines gutes lihet mit willen, behilt he daz dissem vor wedder willen unde recht, daz mag he nicht anegefangen; he mus is wedder an deme furdern mit rechte [32]."

---

32) In neuerer Zeit hat Phillips D. Privatr. 2te Aufl. Bd. I. §. 65. die bisher gewöhnliche Unterscheidung von Forderung (persönlicher Klage) und Anfang (dinglicher Klage) bestritten. Seiner Behauptung zufolge bedeutet Forderung ganz allgemein so viel als actio; diese Forderung im weiteren Sinne ist aber dann entweder Forderung schlechthin, oder Forderung mit Anfang, und diese letztere findet dann Statt, wenn eine bewegliche Sache wider den Willen dessen, dem sie angehört, in die Hände eines Andern gekommen ist. Allein diese Unterordnung einer vermeintlichen Forderung mit Anfang unter den Begriff der Forderung überhaupt, scheint mir mit der Art und Weise, wie Forderung und Anfang in den obigen Stellen und auch sonst als zwei selbstständige, sich gegenseitig ausschließende Klagen, einander gegenübergestellt werden, unverträglich zu seyn. Ich kann daher theils wegen jener Stellen, theils wegen meiner weiter unten zu

Bei unbefangenem Lesen dieser Stellen sollte man denken, die Sache sey doch in der That ziemlich einfach, und ist doch so viel bestritten worden, und wird es noch. Meiner Ansicht nach haben jene Stellen durchaus keinen andern als den ganz unmittelbar aus den Worten hervorgehenden Sinn. Wenn jemand eine

entwickelnden Ansicht über den Grund der Regel: Hand muß Hand wahren, der Meinung von Phillips nicht beitreten. — Uebrigens finden sich die obigen Stellen der sächs. Distinct. in dem Abdrucke des Rechtsbuches bei Böhme (diplom. Beitr. zur Unters. des schles. R. u. Gesch.) IV. 13, 13. 4. Der Text der ersten Stelle bei Böhme hebt den Gegensatz noch bestimmter hervor, als der bei Ortloff, wenn es daselbst heißt: „jener der is im lot adir vorsaczte der mag keine vorderunge noch keinen anefang doran gethun. abir zu dem her si lest mag her wol vorderunge dorumb gehabin." Ich beschränke mich hier auf die Mittheilung dieser Stellen aus eigentlich deutschen Rechtsquellen, da sich die in der Parömie: Hand muß Hand wahren, enthaltene Regel nirgends deutlicher als in ihnen ausgesprochen findet, und bei Albrecht a. a. O. S. 81 fg. eine reiche Auswahl entsprechender Belege aus statutarischen Rechten mitgetheilt ist. Interessant ist die Uebereinstimmung mit den Leges Wallicae lib. 3. §. 38. (ed. Wotton. p. 215. 216.). „Sex modi sunt, quibus quilibet a bonis suis separari potest. In tribus casibus actor bona sua occupare et juramento vendicare potest; in tribus aliis non potest, nempe in casu depositi, vel commodati vel locati. Actio enim depositi vel commodati vel locati contra neminem institui potest praeter illum, qui bona ista ab actore accepit. In tribus reliquis casibus sub juramento quod suum est repetere potest; primo in casu furti; secundo in casu amissi ob negligentiam; tertio in casu rei domino inscio ablatae. Bona autem his modis ablata sub juramento repetere potest, quoniam nemo illa a sua manu accepit; et cum nemo acceperit, quod suum est, vendicare potest, ubicunque illud videre contigerit. §. 39. Quicunque — animal — vindicet — jurabit, animalis dominum nullum esse praeter se, qui idem vendere jure possit; et idem se nunquam vel dono, vel deposito, vel venditione alienasse, sed facto, vel se inconsulto ablatum fuisse, vel per negligentiam amissum." Es kann wohl nicht im Geringsten zweifelhaft seyn, daß unter der vindicatio in dieser Stelle der Anfang der deutschen Rechtsquellen zu verstehen ist, so wie die Forderung nach den besondern Entstehungsgründen derselben als actio depositi, commodati, locati bezeichnet ist. Vgl. überhaupt noch Kraut Grundriß des d. Privatr. §. 100. 101.

bewegliche Sache freiwillig aus seinen Geweren läßt, ohne jedoch Eigenthum daran auf den Andern zu übertragen, also wenn er sie einem Andern leihet, entweder um Liebe (Commodatum) oder um Lohn (Locatio Conductio), wenn er sie versetzet, deponirt u. s. w., so hat er in Betreff dieser Sache regelmäßig nur eine Forderung, d. h. eine persönliche Klage gegen den, dem er sie ließ. So weit reichen die klaren Worte des Sachsenspiegels, aus denen dann mit Nothwendigkeit folgt, daß der Verleiher, Verpfänder der Sache erstens gegen denjenigen, dem er sie ließ, keinen Anfang, und zweitens gegen einen Dritten weder Forderung noch Anfang hat. Diese Folgerung überläßt jedoch der Sachsenspiegel dem Leser selbst zu machen; desto bestimmter ist sie in den sächsischen Distinctionen ausgesprochen, beide aber stimmen im Gedanken vollkommen überein, und auch im sächsischen Landrechte liegt der ursprüngliche Sinn so deutlich vor, daß man, um denselben zu finden, die Stellen der sächs. Distinctionen in der That gar nicht nöthig hätte. Unläugbar geht aus den mitgetheilten Quellentexten Folgendes hervor:

1. Derjenige, der eine bewegliche Sache einem Andern auf eine von den oben erwähnten Arten überläßt, hat gar keinen Anfang; eben daher ist es auch unrichtig, die Regel: Hand muß Hand wahren, für eine Modification der Vindication zu erklären, denn eine modificirte Vindication würde doch immer noch eine Vindication seyn, diese aber ist ihm unbedingt abgesprochen.

2. Als Gegenstand der Forderung, welche ihm gegen denjenigen, dem er die Sache ließ, aber nur gegen diesen zugeschrieben wird, ist mit unzweideutigen Worten die hingegebene bewegliche Sache selbst bezeichnet; und es versteht sich, daß der Commodatar, der die Sache dem Eigenthümer nicht zurückzugeben vermag, deshalb in der Regel zur Entschädigung verpflichtet ist[33]. Wie man bei den Worten „nicheyne vorderunge" in der angeführten Stelle des Sachsenspiegels, so wie Eichhorn D. Privatr. §. 171. Note f. thut, an den Anspruch des Klägers

33) Sächs. Distinct. b. Ortloff IV. 42, 19. „Waz man abir eynem manne liet adder vorseczt, daz sal her unvorterbet weddergeben, adder sal is gelden noch sinen wordden." Ueber die Ausnahmen von dieser Regel: dist. 17. 18. 20. ebendas. (Böhme IV. 13, 15.)

auf Wette und Buße denken könne, vermag ich nicht einzusehen, und wird diese Ansicht meines Erachtens durch die mitgetheilte Stelle der sächsischen Dist. (Ortloff IV. 42, 5.) vollständig widerlegt [34]).

Im Resultate stimme ich hiernach allerdings mit Albrecht überein, und in den meisten Punkten auch mit Cropp [35]). Allein der letztere hat eine Erklärung der Regel: Hand muß Hand wahren, eine Nachweisung ihres Zusammenhanges mit andern Ideen des deutschen Rechts nicht weiter versucht [36]). Die Erklärung von Albrecht aber kann ich nicht genügend finden. Denn wenn derselbe die juristische Gewere als das Verhältniß dessen definirt, der nicht besitzt aber eine dingliche Klage hat, so heißt dies, wie ich schon oben bemerkte, doch nichts Anderes, als die juristische Gewere bedeutet so viel als dingliche Klage. Nun sagt Albrecht weiter: Wer eine Sache freiwillig aus seinen Gewеren läßt, ohne Eigenthum an derselben zu übertragen, hat deshalb keinen Anfang, weil er keine juristische Gewere an derselben hat. Wenn nun unter der juristischen Gewere bei ihm selbst die dingliche Klage zu verstehen ist, diese aber bei beweglichen Sachen

34) Ueber andere zum Theil ganz abweichende Erklärungen der Regel: Hand muß Hand wahren, vgl. Hasse Zeitschr. für geschichtliche R. Wissenschaft Bd. I. Heft 1. Nr. 2. — Eichhorn Einl. ins d. Privatrecht §. 170. 171. — Appelius, über den Rechtssatz: Hand wahren, im Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. 4. Nr. 2. — Es liegt jedoch gar nicht in meiner Absicht, diese Meinungen in ihren einzelnen Bestandtheilen zu bekämpfen, da eine Polemik, die sich an das Wort eines Andern hängt, in den meisten Fällen als ein unfruchtbares, den Leser ermüdendes Beginnen zu betrachten ist. Am besten widerlegt eine falsche Ansicht, wer die richtige ausspricht, was freilich jeder von sich zu glauben pflegt.

35) Der Diebstahl nach älterem Rechte u. s. w. a. a. O. Heft 2. S. 285. Auf S. 287. folgt Cropp gleichfalls der von mir für unrichtig gehaltenen Ansicht über die Bedeutung der Formeln: sich zu einer Sache ziehen, und sich einer Sache unterwinden. — Vgl. noch Mittermaier Grunds. des d. Privatr. 5te Ausg. §. 153.

36) A. a. O. S. 288. sagt Cropp ausdrücklich: „Es würde zu weit führen und dem Zwecke dieser Abhandlung fremd seyn, meine Gegengründe (gegen die Eichhornsche Ansicht) hier vollständig zu entwickeln u. s. w."

den Namen **Anfang** führt, so lautet am Ende die Erklärung: Er hat keinen Anfang, weil er keinen Anfang hat; oder um die eigenen Worte von **Albrecht** (S. 23.) über den Begriff der juristischen Gewere zu wiederholen: Er hat keinen Anfang d. h. keine dingliche Klage, weil er sich nicht in dem Verhältniß desjenigen befindet, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat. Jedenfalls bewegt man sich hier immer nur im Kreise herum, und von einer wirklichen Erklärung der Regel: Hand muß Hand wahren, kann da wohl nicht die Rede seyn.

Insofern nach dieser gefragt wird, könnte man zunächst glauben, im Grunde gebe sich in jener Regel doch immer nur ein Sieg des factischen Besitzes über das nicht mit Detention verbundene, bloße Recht an einer beweglichen Sache kund. Und allerdings scheint es unzweifelhaft: je größeres Gewicht in einem positiven Rechtssysteme auf den factischen Besitz gelegt wird, desto geringer wird im Falle eines Conflictes das bloße Recht, das unsichtbare Band zwischen Person und Sache angeschlagen werden. Hier findet ein wahres Subtractions- und Additionsexempel Statt; was der eine Theil gewinnt, geht für den andern verloren, und umgekehrt. Jene gesteigerte Bedeutung des factischen Besitzes wird aber natürlich besonders dann sehr bestimmt hervortreten, wenn ein ganz entschieden rechtmäßiger Besitz der Sache und ein Recht auf dieselbe in Conflict gerathen. Dennoch aber könnte diese Erklärung der vorliegenden Regel in keiner Art befriedigen. Höchstens könnte dieselbe auf das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und einem Besitzer in gutem Glauben Anwendung finden. Dagegen würde sich Vieles, worüber die Quellen doch ganz unzweideutig sprechen, daraus gar nicht mehr begreifen lassen. Warum hat der Eigenthümer gegen den Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger u. s. w. keinen **Anfang** 37), wenn diese läugnen, die Sache als eine niedergelegte, geliehene, versetzte zu besitzen, und vielmehr selbst Eigenthum daran behaupten?

37) Nach **Phillips** a. a. O. §. 65. S. 422. hätte demjenigen, der eine bewegliche Sache unter der ausdrücklichen Bedingung der Rückgabe an einen Andern übertragen hatte, gegen diesen Andern, wenn derselbe die Rückgabe verweigerte, selbst der Anfang zugestanden. Nach meiner Ansicht ist dies für unmöglich zu erklären.

Denn mit diesem Augenblicke hat doch offenbar ihre Gewere aufgehört eine rechtmäßige zu seyn. Noch mehr: warum steht dem Eigenthümer selbst gegen den Dieb oder Räuber, der die Sache dem Commodatar, Depositar u. s. w. gestohlen oder geraubt hat, kein Anfang zu? Unmöglich läßt sich dies aus einem Siege des factischen Besitzes über das bloße Recht erklären. Denn das hieße jedes dingliche Recht, welches nicht mit dem factischen Besitze verbunden wäre, gradezu negiren.

Mir scheint es, daß man den Grund der Regel: Hand muß Hand wahren, durchaus nicht ausschließlich in der Sphäre des Sachenrechts suchen dürfe. Jede Erklärung, welche von dieser Voraussetzung ausgeht, kann schon deshalb nicht zu einem genügenden Resultate führen. Nicht ein Conflict innerhalb des Sachenrechts, sondern ein Conflict zwischen dem Sachenrechte und dem persönlichen Rechte soll durch jene Regel entschieden werden, und dieselbe läßt sich sehr passend als der Culminationspunkt des persönlichen Charakters, der Subjectivität des altdeutschen Rechts bezeichnen: ein Gegenstand, der überhaupt mehr Beachtung zu verdienen scheint, als ihm bisher zu Theil geworden ist. Solche Ideen aber, welche ihren Grund in der hohen Bedeutung des factischen Besitzes haben, wirken dabei nur mittelbar ein.

Bewegliche Sachen haben keinen bleibenden Aufenthalt; es hängt zunächst nur von ihrem Eigenthümer ab, wo sie sich in jedem Augenblicke befinden sollen, und sie sind außerdem, was den Ort ihrer Existenz und diese letztere selbst anbetrifft, tausend Zufälligkeiten ausgesetzt, welche auf Immobilien in dieser Art nicht einwirken können. Hiermit steht in Verbindung, daß das rechtliche Band zwischen einer Person und einer beweglichen Sache überhaupt viel loser erscheint, als das zwischen einer Person und einem Grundstück, und dies spricht sich dann im deutschen Rechte selbst in der viel größern Dispositionsfreiheit des Eigenthümers bei jenen Sachen aus [38]). Wenn nun ein persönliches Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und einer andern Person, und ein dingliches Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und einer beweglichen Sache concurriren; wenn eine bewegliche Sache von einem solchen persönlichen Verhältniß gleichsam ergriffen wird,

38) Sachsensp. I. 52.

so gilt die Regel: das persönliche Verhältniß ist das stärkere, es wird als das unbedingt überwiegende angesehen.

Eine Vergleichung mit den abweichenden Grundsätzen des römischen Rechts gewährt hier ein besonderes Interesse, und läßt zugleich die Eigenthümlichkeit des deutschen bestimmter hervortreten. Zur Veranschaulichung dient folgendes Bild. Im römischen Rechte gestaltet sich das Verhältniß so:

Commodans		Commodatar
Deponens	Sache	Depositar
Pfandschuldner		Pfandgläubiger.

Im deutschen Rechte dagegen folgendermaßen:

Commodans	Commodatar	
Deponens	Depositar	Sache.
Pfandschuldner	Pfandgläubiger	

Im römischen Rechte spielt die Sache eine Hauptrolle mit. Sie steht in der Mitte zwischen beiden Personen; sie ist dasjenige, was die Verbindung zwischen denselben hervorbringt. Im deutschen Rechte ist es das rein persönliche Wollen, was die Verbindung erzeugt; die Sache spielt nur eine untergeordnete Rolle; sie kommt immer erst hinter dem persönlichen Verhältniß in Betracht, denn die Unmittelbarkeit zwischen ihr und dem Eigenthümer ist dadurch aufgehoben, daß eine andere Person zwischen beide in die Mitte getreten ist. Eben dies aber wird dann auch so bezeichnend durch den Satz ausgedrückt: Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn wieder suchen; und in ähnlicher Art blickt auch in den Worten: Hand muß Hand wahren, die Beziehung auf das persönliche Verhältniß als das unmittelbare deutlich hindurch. Die Hand des Gebers soll sich nicht an das, was sich in der Hand des Empfängers befindet, sondern eben nur an diese letztere selbst halten dürfen.

Aus diesem Grunde ist es nach meiner Ansicht zu erklären, warum der Commodans, Deponens u. s. w. in der Regel nur eine persönliche Klage, eine Forderung, und nur gegen den Commodatar, Depositar u. s. w. hat; denn ein unmittelbares Verhältniß zur Sache besteht nur noch für den Commodatar, Depositar, nicht mehr für den Commodans, Deponens, der sich vielmehr in einer unmittelbaren Verbindung nur noch mit der andern Person befindet. Am bezeichnendsten möchte sich hiernach wohl

sagen lassen: es ist der Charakter der vorwaltenden Subjectivität, welcher sich wie in so vielen Gebieten des ältern deutschen Rechts, so namentlich auch in dem Eigenthum an fahrender Habe kund giebt, und welcher dann auch zu jener eigenthümlichen Rechtsansicht geführt hat. Eben jenes subjective Element macht sich in der Regel: Hand muß Hand wahren, auf verschiede Weise geltend; zunächst in Betreff des hingebenden Eigenthümers der Sache, welcher im Verhältniß zum Commodatar fortdauernd an seinen anfänglichen Willen gebunden ist, so daß ihm die mit jenem Willen unverträgliche Anfangsklage gegen denselben nicht zusteht, selbst dann nicht, wenn derselbe die Sache über den verabredeten Termin widerrechtlich behalten sollte. Dann aber auch in Beziehung auf den Empfänger der Sache, und hier nimmt jene Herrschaft des subjectiven Elements im Verhältniß zum Eigenthümer in der That die Gestalt einer Herrschaft des reinen Zufalls an [39]). Denn eine Veräußerung der Sache von Seiten des Commodatars erscheint hinsichtlich des Eigenthümers wie ein Zufall, von welchem dieser betroffen wird; in Folge dessen die Sache für ihn verloren geht, und ihm nur ein Entschädigungsanspruch gegen den Commodatar übrig bleibt. Eine Vergleichung des subjectiven deutschen Rechts und des römischen mit seiner durchaus objectiven Auffassung des Eigenthums an sich bietet einen höchst interessanten Gegensatz dar; in ersterem aber verdient es noch besondere Beachtung, daß jene Subjectivität vorzugsweise in dem Verhältnisse zwischen Personen und beweglichen Sachen Platz greift, während die rechtlichen Beziehungen zwischen Personen und Grundstücken auch hier auf einer mehr objectiven Basis beruhen.

Man kann schließlich noch die Frage aufwerfen, ob denn dem Eigenthümer an der in der Hand des Commodatars befindlichen Sache noch eine ideelle Gewere zugeschrieben werden könne? Ich will gern zugeben, daß ein alter Schöffe, sich hier blos an den materiellen Wortsinn von Gewere haltend, die Möglichkeit zwei

39) Es liegt sehr nahe, hier an die so häufige Herrschaft des Zufalls im deutschen Rechte zu erinnern, so daß also die Regel: Hand muß Hand wahren, auch in dieser Beziehung vielen anderen einheimischen Rechtsideen verwandt scheint. Vgl. J. Grimm D. R.-Alt. 54 fg.

solcher rechtmäßigen Gewеren an derselben beweglichen Sache in Zweifel gezogen, folglich die obige Frage verneint haben würde. Wenn man sich jedoch über den Sinn der von mir sogenannten ideellen Gewere verständigt, und darunter eben nur ein Recht an der Sache versteht, so scheint mir, daß die obige Frage durchaus nur bejaht werden könne. Eigenthum im Sinne des deutschen Rechts bleibt dem Commodans, Deponens u. s. w. gewiß; denn woher sonst die so häufig in den Quellen wiederholte Bestimmung, daß ein Mann das, was ihm geliehen oder versetzt worden, unverdorben wiedergeben solle? Aber es ist kein Eigenthum im römischen Sinne mit einer allgemeinen Verfolgbarkeit gegen jedermann; es ist ein Eigenthum, welches eben nur im Wege einer Forderung gegen den Commodatar, Depositar u. s. w. geltend gemacht werden kann, weil das unsichtbare Band zwischen Eigenthümer und Sache durchkreuzt wird von einem persönlichen Bande zwischen ihm und demjenigen, dem er die Sache freiwillig hingegeben hat, und weil dieses persönliche Band als das unmittelbare, jenem dinglichen als einem nur mittelbaren vorgeht. Eben dies aber, daß das persönliche Band für das stärkere gilt, mag dann allerdings in dem innersten Volksbewußtseyn auch damit zusammengehangen haben, daß zwischen einem nicht factisch besitzenden Eigenthümer und einer beweglichen Sache überhaupt nur eine ziemlich lose Verknüpfung angenommen wurde.

§. 12. Weitere Casuistik der Regel: Hand muß Hand wahren.

Der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, und alle sich daraus ergebenden Consequenzen sind schon sehr frühzeitig besonders in süddeutschen Rechtsquellen in einzelnen Beziehungen durchbrochen worden, und haben entgegengesetzten Regeln, welche im Allgemeinen mehr auf der objectiven Geltung des Eigenthums beruhen, weichen müssen[40]). Wie weit hierbei das römische Recht von Einfluß gewesen, wie viel davon als eigene Fortbildung des

40) Vgl. die dem baierischen Landrechte bei Heumann angehängten Statuten c. 33. (S. 152 a. a. O.) — Augsburg. Statuten v. 1276 §. 298. 393. b. Walch vermischte Beitr. zum D. R. IV. 300. 391.

deutschen Rechts anzusehen sey, läßt sich freilich nicht mehr mit Sicherheit entscheiden. Allein diese späteren Modificationen, welche an sich zu den minder bestrittenen Gegenständen gehören, lassen wir hier auf sich beruhen. Wichtiger scheint es, hier noch einige Controversen zu berühren, welche zur Casuistik des obigen Grundsatzes selbst gehören.

1. Die Frage liegt sehr nahe: was trat denn dann für ein Verhältniß ein, wenn der Commodatar (welcher statt aller genannt seyn möge) die ihm geliehene Sache bis an seinen Tod in seinen Geweren gehabt hatte, nun aber durch seinen Tod das Band zwischen ihm und dem Commodans aufgelöst wurde? Einen Anfang konnte der letztere gegen den Erben des erstern oder gegen den Richter, wenn die Sache an diesen gelangt war, nicht haben, weil die Sache doch einmal mit seinem (des Commodans) eigenen Willen aus seinen Gewеren gekommen war. Folglich blieb ihm nur eine Forderung übrig. Der Sachsensp. II. 60. sagt: er ziehe sich zu seinem Gute gegen den Erben oder gegen den Richter. Wer wie Albrecht die Formel sich zu einer Sache ziehen, sonst für technische Bezeichnung des Anfangs hält, muß hierbei nothwendig an eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauches in dem durch eine fast wunderbare Präcision der Ausdrücke sonst gerade sehr ausgezeichneten Rechtsbuche denken, und eben dies geschieht von Albrecht [41]). Nach meiner Ansicht kommt jener Formel eine solche technische Bedeutung gar nicht zu, und daß in anderen Statuten, z. B. den Freiberger [42]), dem Commodans gegen den Erben des Commodatars ganz bestimmt nur eine Forderung zugestanden wird, gehört offenbar selbst mit zu den wichtigsten Beweisen für die Richtigkeit dessen, was oben über den allgemeineren Sinn jener Formel gesagt worden ist.

2. Wenn der Commodatar die ihm geliehene Sache verkaufte, verspielte, oder auf irgend eine Art freiwillig aus seiner

41) Gewere S. 91.

42) Schott, Sammlungen zu den D. L. u. St. Rechten III. 299. Die Stelle, welche den Schlußworten des Sachsensp. II. 60. entspricht, lautet hier: „Stirbet er (Commodatar) so mag er (Commodans) dy forderunge thun zcu synen erben noch syme gute mit recht."

Gewere ließ, so konnte der Eigenthümer den Dritten, in dessen Hand die Sache auf diese Weise gelangt war, deshalb nie in Anspruch nehmen. Er hatte nur eine Forderung gegen den Commodatar. Auch der Tod dieses letztern stellte hier die Unmittelbarkeit zwischen dem Eigenthümer und seiner Sache nicht wieder her, weil es immer nur darauf ankam, wie und wodurch die Sache aus den Geweren des Commodans gekommen war. Der Eigenthümer konnte sich also hier wegen seiner Entschädigung nur an den Erben des Commodatars halten; aber nach dem ältern Rechte war er dabei freilich sehr gefährdet, weil der Erbe die Schuldverbindlichkeiten des Verstorbenen nur so weit zu erfüllen brauchte, als die in dem Erbe vorgefundene fahrende Habe zureichte [43]). Später als die römische Idee von der juristischen Einheit des Erblassers und des Erben in das deutsche Recht eindrang, änderte sich dies freilich zu Gunsten des ursprünglichen Eigenthümers einer solchen beweglichen Sache, und jüngere Statuten nennen neben dem Commodatar ganz allgemein auch dessen Erben als denjenigen, den der Eigenthümer solle in Anspruch nehmen dürfen. Vgl.

Rev. Lüb. R. III. 2, 1. „Was ein Mann dem andern lehnet, das soll er ime unverdorben wieder geben, oder bezahlen nach seiner Würde, wenn es verlohren were. Verkaufft, vergäbe, versetzte, oder alienirte er aber das gelehnete Gut, — so hat der Commodans oder Ausleiher keine Ansprache wider diejenigen, welchen es verkaufft, vergeben oder versetzet worden, sondern muß bei seinem Manne dem Commodatario, dem er es gelehnet, oder bey seinen Erben, auf dem Todesfall bleiben; dann Hand muß Hand wahren."

Hamb. Statut. v. 1603. II. 2, 7. „Welcher Mann dem andern leihet sein Pferd, Kleid, oder was es für Gut sey, und auf wasserley Weise er das aus seinen Wehren lässet, mit seinem Willen; und verkaufft es derjenige, der es in seinen Wehren hat, oder versetzt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder gestohlen; so mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat, darauf wider den Einhaber desselben,

43) Sachsensp. I. 6. Meine Abhandlung hierüber in den Miscellen des D. R. S. 75 fg.

wofern derjenige solches mit gutem Titel an sich gebracht, keine Forderung haben, sondern muß sich deswegen an denselben, welchem er es geliehen oder versetzt hat, oder so derselbige verstorben, an dessen Erben halten."

Wenn aber die geliehene Sache durch Diebstahl, Raub, überhaupt wider Willen des Commodatars aus dessen Gewеren gekommen war, so stand nun bekanntlich dem letztern der Anfang in Betreff derselben zu, bei wem er dieselbe auch immer finden mochte. Aber wie, wenn der Commodatar starb oder landflüchtig wurde, ehe er noch die Sache durch die dingliche Klage wieder in seine Gewere gebracht hatte? Hier würden sich zwei Fälle denken lassen. Der eine wäre, daß der Erbe des Commodatars nun statt dessen den Anfang anzustellen berechtigt wäre, dem Eigenthümer aber auch hier nur eine Forderung gegen den Erben des Commodatars bliebe. Der andere Fall ist, daß dem Eigenthümer selbst der Anfang gegen denjenigen, der die Sache dem Commodatar gestohlen hatte, gestattet wurde. Unläugbar scheint die strenge Consequenz das Erstere zu fordern, sobald einmal das Princip festgehalten wird, daß ein Eigenthümer, der seine Sache freiwillig aus seinen Geweren läßt, sich dadurch für alle Zeiten des Anfangs begiebt. Andererseits läßt sich nicht verkennen, daß die Wiedererlangung der Sache von dem Räuber oder Diebe hierdurch oft im höchsten Grade unsicher geworden seyn würde, und so konnten also hier besondere Rücksichten eintreten, welche für die zweite Alternative sprachen. Eben diese finden wir im Schwabenspiegel 253, 3. 4. Senckenb.

„Und ist das mir eyn gut verstolen wirdt das nit meyn ist. do sol ich der klager umb sein. Und stirbe ich oder entweich davon. so sol der klagen des das gut was." 44)

Wie bei der ersten der hier erwähnten Klagen, der des Nichteigenthümers, so ist gewiß auch bei der zweiten, der Klage des Eigenthümers, an den Anfang zu denken. Die Regel der Entscheidung aber ist diese: Sobald die geliehene Sache wider Willen des Commodatars aus dessen Geweren gekommen ist, hierauf aber der Commodatar durch Tod oder Landflüchtigkeit an der

43) Tropp a. a. O. S. 266 fg.

eigenen Anstellung des Anfanges verhindert wird, so ist dieser für den Eigenthümer wieder zulässig geworden. Eine Ausnahme von dem Hauptprincip über die Zulässigkeit des Anfangs liegt also hier jedenfalls vor, weshalb denn auch Albrecht S. 95. a. a. O. die Stelle des Schwabenspiegels für etwas sehr vereinzelt Dastehendes erklärt; aber es ist eine Ausnahme, welcher es nicht an sehr guten Gründen fehlt. Ob man dieselbe für uralt zu halten habe, so daß sie stets neben dem sonst in seiner Reinheit anerkannten Grundsatze: Hand muß Hand wahren, als Ausnahme bestanden hätte, oder ob in derselben gleichfalls schon das neuere mehr objective Recht des Eigenthums an beweglichen Sachen durchblickt, läßt sich nicht mehr mit Gewißheit entscheiden. Wahrscheinlich ist jedoch das Letztere, da die Anwendung der Regel, so wie sie der Schwabenspiegel ausspricht, schon eine Modification des Beweises voraussetzt, welcher nach dem ältern Rechte bei der Anfangsklage von dem Kläger geführt werden mußte. (Vgl. unten §. 13.)

Uebrigens ergiebt sich nun aus der ganzen bisherigen Darstellung, und ist auch nur eine Folge von dem Uebergewicht des subjectiven Elements über das objective in dem Eigenthum an fahrender Habe, daß die vom objectiven Standpunkte aus allein vernünftig erscheinende Regel: **Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet**, auf die Besitzverhältnisse an beweglichen Sachen in der That keine Anwendung leidet. Denn derjenige, der die geliehene Sache dem Commodatar abkauft, erwirbt ja wirklich das Eigenthum daran; und um die Gefahr anzudeuten, welche mit diesem Vorwalten des persönlichen Willens auf Seiten des Commodatars oder Depositars für den Eigenthümer verbunden war, sagt das Revidirte Lübische Recht **III. 2, 2.** so bezeichnend:

„Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das seine ausleihe und vertrawe. Dann würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es gelehnet oder vertrawet, dasselbe verkauffte, versetzte oder sonsten alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben von dem, welchem das ausgelehnet Gut **per contractum** gebracht, so muß er es selbsten lösen; sonsten bleibet, der es gekaufft oder an sich gebracht, näher dabey, dann

derjenige, welcher das Gut ausgelehnet. Dann do jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn widerrumb suchen."

Daß von der hier erwähnten Befugniß des Eigenthümers, die von dem Commodatar veräußerte Sache von dem neuen Erwerber derselben einzulösen, in dem ursprünglichen deutschen Rechte noch nichts angetroffen wird, ist bekannt.

3. Hierher gehört auch noch eine Stelle, auf welche von denjenigen, die im deutschen Rechte eine viel ausgedehntere Vindication des Eigenthümers, als nach dem Obigen anzunehmen ist, finden wollten, stets ein ganz vorzügliches Gewicht gelegt worden ist; ich meine Sachsensp. III. 22.

„**Swer deme andern lihet phert oder cleidere zu bescheidenen tagen. heldet erz uber den tac und wirt her darumbe beclaget. her sal ez alzu hant wider gebn. und bezzern ab erz georgert hat. Dube noch roubes en mac man in dar an nicht zihen wenne erz ime leh. Underwinden muz sich ouch wol ein man sines gutes swa erz siht mit rechte. daz man ime mit unrechte vorbeheldet uber bescheidene zit.**"

Wenn mit den letzten Worten dieser Stelle gesagt werden sollte, daß dem Eigenthümer regelmäßig immer eine wahre Vindication der ihm widerrechtlich vorenthaltenen Sache zustehe, so müßten die Verfasser der alten Rechtsbücher, insonderheit des Sachsenspiegels und der Sächsischen Distinctionen, mit einer Gedankenlosigkeit sonder gleichen gearbeitet haben. Namentlich in dem letztgenannten Rechtsbuche steht diese Stelle in demselben Capitel, wo unmittelbar vorher gesagt ist, daß der Eigenthümer wegen einer geliehenen oder versetzten Sache nur eine Forderung gegen den Commodatar oder Pfandschuldner, gegen einen Dritten aber weder Forderung noch Anfang habe [45]). An dieser Gedankenlosigkeit nehmen jedoch Diejenigen keinen Anstoß, welche den Quellen zum Trotz der Ansicht folgten, daß in dem Grundsatze: Hand muß Hand wahren, eine gänzliche Ausschlie-

45) Vgl. b. Böhme a. a. O. IV. 13, 4. 13. 14., b. Ortloff a. a. O. IV. 42, 5. 14. 15. 16.

ßung der Vindication für die unter dieser Regel begriffenen Fälle gar nicht enthalten sey. Wer dagegen eine solche Ausschließung der Vindication darin fand; zugleich aber von der Voraussetzung ausging, daß die Formel: sich einer Sache unterwinden, regelmäßig technische Bezeichnung des Anfangs sey, mußte freilich in der mitgetheilten Stelle eine fast unauflösliche Schwierigkeit anerkennen; und so sind denn gar manche Versuche gemacht worden, um dieselbe auf eine nicht allzu gewaltsame Weise zu heben [46].

Nach meiner Ansicht ist in obiger Stelle an nichts weniger als an den eigentlichen Anfang, die Vindicationsklage, zu denken.

---

46) Zu einer sehr künstlichen Erklärung der mitgetheilten Stelle des Sachsenspiegels, welcher man übrigens das Zeugniß des Scharfsinns gewiß nicht versagen kann, sieht sich namentlich auch Albrecht a. a. O. S. 90. genöthigt. In derselben wird zugleich Bezug auf Richtsteig d. Landr. 11. genommen, wo am Schlusse gesagt ist: „Oick suldy weten dat somige lude seggen, dat anvangh an genen dingen en geschuyt to rechte, dan an dene, dat oen verstalen off genomen woert, des en is doch niet, want een ygelick moet sich des süns wail onderweynden, wair hüt suyt." Ueber diese Stelle habe ich folgende Ansicht. Entweder machte sich zur Zeit des Richtsteigs die objective Bedeutung des Eigenthums in den Gerichten praktisch schon in der Art geltend, daß der Anfang, die Vindication, bereits in größerer Ausdehnung als früher, und namentlich auch bei nicht gestohlnem und nicht geraubtem Gute gestattet wurde; der Richtsteig würde also hier eine zur objectiven Geltung gelangte Abweichung vom ältern Rechte bezeugen, und die an sich allgemeinere Formel: sich der Sache unterwinden, in dem speciellen Sinne für Anfang gebrauchen, was nach dem Obigen in keiner Art auffallen könnte. Oder der Verfasser des Richtsteigs spricht hier eben nur seine individuelle Meinung aus, und glaubt die Ansicht, daß Anfang nur bei gestohlnem und geraubtem Gute Statt finde, mit Rücksicht auf Sachsensp. III. 22. bekämpfen zu müssen. Die erste Alternative halte ich für minder wahrscheinlich, denn der Richtsteig ist nicht jünger als die Sächs. Distinctionen, und in diesen finden wir noch ganz das alte, strenge Recht, welches die Anstellung des Anfangs auf die oben hervorgehobenen Fälle einschränkt. Indem ich mich also für die zweite Alternative entscheide, glaube ich bei dem Verf. des Richtsteigs ein Mißverständniß in Betreff der Formel: sich einer Sache unterwinden, annehmen zu dürfen.

Ich erinnere an das, was über die Formel: sich einer Sache unterwinden, schon früher bemerkt wurde, und erkläre hiernach die Stelle so: Wenn der Commodatar oder Depositar die ihnen geliehene oder anvertraute Sache dem Eigenthümer über die beschiedene Zeit vorenthalten, und dem letztern kommt diese Sache zufällig vor Augen, so kann er sie, ohne eine Rechtsverletzung zu begehen, an sich nehmen. Es ist ein ähnlicher Grundsatz wie der, welchen das Preuß. Landrecht I. 7. §. 144. mit den Worten ausdrückt:

„Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen."

Findet also, wie Bornemann (System. Darstellung des Pr. Civilr. I. 529.) zu dieser Stelle erläuternd bemerkt, jemand eine Sache, die er bei einem Andern verwahrlich niedergelegt hat, auf dessen Tisch, so kann er dieselbe ohne weiteres an sich nehmen. Habe ich einem Andern mein Pferd nur für heute geliehen und sehe ich dasselbe morgen auf der Weide des Andern, so darf ich es ergreifen und in meinen Stall führen. An eine vindicatorische Klage ist also hierbei gar nicht zu denken [47]). Unzweifelhaft scheint es zugleich, daß sich die obige Stelle durchaus nur auf das Verhältniß des Eigenthümers zu demjenigen, dem er die Sache bis zu einem bestimmten Termine gelassen hatte, beziehen kann. Nur der Commodatar, Depositar u. s. w. können dem Eigenthümer die Sache mit Unrecht, über bescheidene Zeit, vorenthalten. Von einem Dritten, der die Sache erst wieder von diesen Personen erworben hätte, läßt sich dies gar nicht mehr sagen, denn mit ihm hat ja der Eigenthümer über die Rückgabe der Sache zu einem bestimmten Termine nicht contrahirt. Wollte daher der Eigenthümer die zufällig gesehene Sache so an sich nehmen, nachdem sie der Commodatar einem Dritten veräußert hätte, so müßte diesem letztern gegen den ursprünglichen Eigenthümer selbst der Anfang eingeräumt werden; denn eben dieser stand ja unter gewissen Umständen selbst dem Commodatar oder Depositar gegen den Eigenthümer zu [48]); na-

47) Zu dieser Ansicht neigt auch Cropp S. 291. a. a. O. hin.

48) Sächs. Distinct. b. Böhme IV. 13, 5. (Ortloff IV. 42, 6.) „Tut ein man dem andern icht sines gutis czu getrawir hant

mentlich dann, wenn ihnen dieser die Sache entwendete, während kein Termin für Rückgabe derselben bestimmt worden war, oder wenn im Falle, daß ein solcher Termin festgesetzt war, der Eigenthümer vor Eintritt desselben eine Entwendung der Sache vornahm.

§. 13. Zusammenhang des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren, mit dem Proceß.

Nachdem bisher von der Bedeutung der Regel: Hand muß Hand wahren, an sich die Rede gewesen ist, drängt sich die praktisch wichtige Frage auf: wodurch wurde denn der ursprüngliche Eigenthümer bewogen, gegen einen Dritten, welcher eine Sache mit oder ohne Recht aus den Händen eines Commodatars, Depositars u. s. w. erworben hatte, weder mit Forderung noch mit Anfang zu klagen, und sich eben nur an den andern Contrahenten mit einer Forderung zu halten? Der Grund hiervon konnte doch offenbar nur die Gewißheit seyn, im Rechtsstreite unterliegen zu müssen, wenn er den Dritten unmittelbar in Anspruch genommen hätte. Und eben dies, praktisch das Wichtigste von Allem, ist wie mir scheint bei den bisherigen Untersuchungen über die obige Regel viel zu sehr außer Acht gelassen worden; besonders hat man dabei auf das alte Beweisverfahren zu wenig Rücksicht genommen.

Schon früher habe ich erwähnt, daß mir die Erklärung, welche Eichhorn von der Regel giebt, verfehlt scheint. Die Ansicht desselben hat Albrecht S. 88. a. a. O. mit folgenden Worten wiedergegeben:

„In beiden Fällen, sowohl der unfreiwilligen als der freiwilligen Entäußerung ist eine Klage gegen den Dritten verstattet, nur mit dem Unterschiede, daß dort der Dritte selbst seinen Vordermann (Geweren) aufsuchen und vor Gericht stellen muß, gegen den sich alsdann der Proceß wendet, widrigenfalls jener

---

czu behalden — entwendit her (der Eigenthümer) im das, adir wirt is im entwent von sime gesinde adir von ymanden andirs an sinen willin. do mag sich der wol czu czihen mit rechte dem is entwant is."

die Sache dem Vindicanten mit Buße und Wette herausgeben muß; hier dagegen mußte der Kläger, freilich nur wenn er aufrichtig genug war, zu gestehen, er habe die Sache ehemals freiwillig einem Andern überlassen, diesen, der dann der unmittelbare oder mittelbare Vordermann des jetzigen Besitzers war, selbst aufsuchen und gegen ihn sein Eigenthum erstreiten, was jedoch, wie im ersten Falle, die Herausgabe der Sache von Seiten des Dritten zur Folge hatte, jedoch ohne Buße und Wette, zu der hier nur der erste Empfänger verurtheilt werden konnte."

Durch die in dieser Stelle hervorgehobenen Worte ist Eichhorn D. Privatr. §. 171. Note 66. zu folgender Entgegnung veranlaßt worden:

„Es ist ein seltsamer Einwurf, den Albrecht gegen meine Ansicht macht, wenn er bemerkt, nach dieser habe der Kläger, freilich nur wenn er aufrichtig genug gewesen, zu gestehen, daß er die Sache ehemals einem Andern freiwillig überlassen habe, das Eigenthum gegen diesen zu erstreiten gehabt. — Diese Aufrichtigkeit war eine nothwendige Folge der Art des Beweises, den der Kläger zu führen hatte, wenn der Beklagte keinen Geweren fand. Denn da dieser in einer eidlichen Bestärkung der Klage bestand, und die Klage nur entweder darauf gerichtet werden konnte, die Sache sey geraubt, gestohlen oder verloren, oder darauf, der Kläger habe sie einem Dritten anvertraut, und dieser allein könne folglich der Gewere des Besitzers seyn, so mußte der Kläger nothwendig Eins oder das Andere speciell behaupten. Eben daß der Kläger dies thun müsse, drückt die Regel: Hand muß Hand wahren, aus."

Ich finde den Einwand von Albrecht allerdings ebenfalls ungegründet. Aber auch die Replik von Eichhorn scheint mir die Sache in eine schiefe Stellung zu bringen. Der genannte Gelehrte geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß der Eigenthümer, der seine einem Andern geliehene Sache bei einem Dritten sah, und eben diesen wegen derselben in Anspruch nahm, in dem Falle, wo sich der Dritte auf seinen Gewährsmann, den Commodatar bezog, nun mit diesem letztern den Proceß über dieselbe Sache weiter zu führen, sie diesem abzugewinnen gehabt habe. „Die Regel selbst, lautet der Schluß des angeführten §.,

wenn sie richtig verstanden wird, kann man sowohl auf den Vindicanten, als auf den ersten Empfänger beziehen, da sie nichts weiter ausdrückt, als daß die Sache immer diesem abgewonnen werden müsse." Hieraus würde also folgen, daß eine in die Gewere eines Andern ohne Eigenthumsübertragung hingegebene bewegliche Sache, welche von dem Empfänger in irgend einer Art veräußert wurde, für den Eigenthümer noch gar nicht verloren gewesen sey. Eben dies halte ich aber nach dem Obigen für ganz unrichtig, und glaube vielmehr Folgendes annehmen zu müssen.

Man denke sich den Eigenthümer einem Dritten gegenüber, bei dem er die einem Andern freiwillig hingegebene Sache findet. Die Quellen sagen: der Eigenthümer mag weder Forderung noch Anfang darauf haben. Welche von beiden Klagen er auch gegen den Dritten anstelle, der Proceß kann immer nur ungünstig für ihn ausfallen.

1. Der ursprüngliche Eigenthümer klagt gegen den Dritten mit Forderung. Hier sind dann verschiedene Fälle denkbar.

a. Der Verklagte beruft sich auf seinen Gewährsmann (fordro, auctor), den Commodatar; dieser erscheint und giebt an, daß er dem Verklagten die Sache verkauft oder in irgend einer Art veräußert habe; er bekennt sich also zum Gewährsmann des Verklagten, indem hier die Bestimmung von Art. 4. B. III. des Sachsensp. zur Anwendung kommt:

> „Swer so koufunge bekennet. die sal durch recht gewere wesen des her verkouft hat. wente her en ist dieb oder diebes genoz die der koufunge bekennet. und der gewere versachet. her en habe si uz gescheiden mit gezuge da her si vorkoufte."

Die Folge davon ist, daß der Kläger mit seiner Forderung abgewiesen wird. Denn es ist nun einer von den Fällen vorhanden, wo dem Kläger sein Zeugniß gebrochen wird. Hierüber ist Hauptstelle Art. 15. B. I. Sachsensp.:

> „Swer deme andern sin varnde gut lihet oder sazt oder zu behaldene tut. umbe bescheid oder ane bescheid. wil ez im jener darnach versachen. oder sin erbe nach sime tode. dirre (der Verleiher, Versetzer, Niederleger) ist

nar zu behaldene selbe dritte den jener alleine davor zu swerende. Mag aber jener der ez in geweren hat. sin varnde gut dar an gezugen. oder sin erbe gut. oder hat erz geweren zu rechte. her bricht ime sinen gezug. ime en werde an sime geweren bruch."

Die hervorgehobenen Worte finden volle Anwendung auf den obigen Fall. Der Verklagte hat hier einen Geweren zu Recht, durch welchen er beweiset, daß ihm die Sache nicht vom Kläger selbst unter der Bedingung der Rückgabe gegeben worden sey. Dies genügt; daher muß der Kläger unterliegen und es kann ihm nur überlassen bleiben; eine Entschädigungsklage gegen den Commodatar u. s. w. anzustellen. Denn

„Waz man einem manne liet adder vorseczt, daz sal her unvorterbet weddergeben, adder sal is gelden noch sinen wordden." Sächs. Dist. b. Ortloff IV. 42, 19. — Böhme IV. 13, 15.

Uebrigens ist der Vollständigkeit wegen noch hervorzuheben, daß die Worte in I. 15. Sachsensp. „her (der Verklagte) bricht ime (dem Kläger) sinen gezug" keinesweges so zu verstehen sind, daß zuerst der Kläger den Beweis über die von ihm behauptete Hingabe der Sache zu führen habe, und daß nun der von dem Kläger geführte Beweis von dem Verklagten durch einen Gegenbeweis der angeführten Art gebrochen werden könne. Vielmehr ist das Verhältniß dieses, daß allemal zuerst dem Verklagten, je nachdem seine Einrede lautet, entweder der Beweis, daß die Sache sein eigen oder sein Erbgut sey, oder die Herbeischaffung seines Geweren frei gelassen wird. Führt nun der Verklagte jenen Beweis, oder wird er gewert, so wie es recht ist, so steht jetzt dem Kläger gar kein Beweis über seine Behauptung mehr zu, und dies allein ist der Sinn der Worte, daß der Verklagte in der angegebenen Weise dem Kläger sinen gezug breche.

b., Der Verklagte beruft sich auf einen Gewährsmann, von dem er die Sache erworben zu haben behauptet, aber es wird ihm Bruch an seinem Geweren; oder der Verklagte vermag sich über eine rechtmäßige Erwerbung der Sache gar nicht auszuweisen, wie dies z. B. dann der Fall seyn mußte, wenn

er selbst die Sache dem Commodatar gestohlen hatte. Aber selbst in diesen Fällen mußte der Kläger mit seiner Forderung unterliegen, weil er ohne Meineid den Beweis nicht zu führen vermochte, welcher nöthig war, um mit der Forderung durchzudringen. Allerdings war hier keiner von den Fällen vorhanden, wo, wie der angeführte Art. 15. sagt, durch einen vom Verklagten geführten Beweis dem Kläger sein Zeugniß gebrochen wurde. Der Kläger war also hier näher, sein Gut selbdritte zu behalten, als der Verklagte, allein dafür zu schwören. Aber der Eid des Klägers konnte ja nur darauf gerichtet seyn, daß er dem Verklagten die Sache geliehen, versetzt oder bei ihm niedergelegt habe, und diesen Eid mußte er selbdritte d. h. mit zwei Eideshelfern schwören. Eben diesen Eid aber konnte er ohne Meineid nicht ablegen, weil der Verklagte die Sache in der That nicht aus der Hand des Klägers erworben hatte, und somit war also auch hier das Unterliegen des letztern gewiß. Es darf mithin bei den Worten, der Kläger sey näher die Sache selbdritte zu behalten, als der Verklagte, allein dafür zu schwören, keinesweges etwa nur an einen Eid des Klägers darüber, daß die von ihm geforderte Sache ihm wirklich gehöre, gedacht werden; sondern der Eid des Klägers muß unmittelbar auf die Thatsache gerichtet seyn, daß er dem Verklagten die Sache in irgend einer Art unter der Bedingung der Rückgabe selbst gegeben habe. Dies sieht man am deutlichsten aus dem Beweise, welcher dem Verklagten über seine möglicher Weise verschiedenen Einreden frei gelassen ist; denn sie alle gehen doch zuletzt eben nur darauf, daß er (Verkl.) die Sache nicht aus der Hand des Klägers unter der Bedingung der Rückgabe erhalten habe.

Die oben erwähnte Formel: es wird einem Bruch an seinem Geweren, scheint ganz allgemein den Sinn zu haben: er vermag den Geweren nicht zu stellen, gleichviel, worin der Grund davon liegen mochte. Vielleicht, daß er denselben wirklich nicht mehr auffand. Aber selbst wenn der Verklagte denjenigen fand, von dem er eine Sache erworben hatte, scheint das Gewinnen desselben zum Geweren, also zum Vertreter im Processe noch immer zweifelhaft gewesen zu seyn. Zwar wenn der letztere einräumte, die Sache dem jetzigen Verklagten verkauft oder in irgend einer Art veräußert zu haben, so mußte er dann

auch nach Sachsensp. III. 4. §. 2. der Gewere desselben seyn. Läugnete dies dagegen der angebliche auctor, so konnte ihn der jetzt um die Sache Verklagte mit außergerichtlichen Zeugen, welche die Veräußerung gesehen haben wollten, zum Gewehren nicht gewinnen, sondern jener entging diesem mit seiner Unschuld, d. h. wohl, der angebliche auctor konnte sich durch einen Eid, daß der Verklagte die Sache von ihm nicht erworben habe, von der Verpflichtung, sein Gewere zu seyn, frei machen. So glaube ich nämlich Sachsensp. III. 4. §. 1. verstehen zu müssen.

„Swer so wider eischet daz her vergebn oder verkouft hat an varnder habe. und versachet her des koufes. oder der gift. jener der sie under ime hat. muz sie selbe dritte wol behalten der die daz sahen. **Mit sus getaneme zuge en mac aber ein man den andern zu geweren nicht gewinnen: ab ein ander man daz gut under ime anevanget. wenne her entget ime mit siner unschult.**"

Diese letzte Bestimmung ist wohl ohne Zweifel nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, welcher unter denen genannt wird, die die Sachsen wider Karls Willen beibehalten haben sollten:

Sachsensp. I. 18. ... „swaz der man vor gerichte nicht en tut. wi wizzentlich ez sie. daz her des mit siner unschult entget. und man ez in nicht verzugen mac." Vgl. I. 7.

Hieraus folgt dann zugleich, daß jemand den andern auch mit mehr als zwei außergerichtlichen Zeugen nicht zum Geweren gewinnen, d. h. ihn das behauptete Geschäft wirklich abgeschlossen zu haben nicht überführen konnte. Denn offenbar ist unter dem so gethanen Zeugniß grade das außergerichtliche zu verstehen. War das Rechtsgeschäft dagegen gerichtlich abgeschlossen, so galt der Grundsatz I. 7.:

„Swaz her (der Mann) vor gerichte tut. des verzuget in der sache walde (d. h. also hier derjenige, der den andern zum Geweren gewinnen will) mit zwen mannen und der richter sal der dritte sin."

2. Stellte der ursprüngliche Eigenthümer der Sache gegen den Dritten nicht Forderung, sondern Anfang an, so mußte es

ihm nicht nur nicht besser sondern noch schlimmer gehen. Hier sind nun ganz die obigen Fälle zu unterscheiden:

a. Der Verklagte bezieht sich auf seinen Gewährsmann, von dem er die Sache gekauft oder erhalten habe; wobei er zu schwören hat, daß er rechten Zug nehme und der Kläger ihm 14 Nächte überall hin, ausgenommen über schiffreiche Gewässer, folgen muß [49]); und hierauf wird der Verklagte von dem gefundenen auctor hinsichtlich der Sache **gewert als recht is.** Dieser Gewährsmann muß entweder der Commodatar selbst oder ein Besitznachfolger dieses letzteren seyn, und eben derselbe räumt also ein, daß er dem Verklagten die Sache verkauft oder irgend wie veräußert habe. Jetzt muß **der gewere antwurten in siner** (des Verklagten) **stat vor ez gut,** und hier muß es nun nothwendig zur Sprache kommen, daß die Sache von dem Eigenthümer selbst ausgeliehen, versetzt oder niedergelegt worden war. Dies hatte die Folge, daß der frühere Eigenthümer nicht blos mit seiner Vindicationsklage gegen den Verklagten abgewiesen wurde, sondern wegen unbegründeter Anstellung des Anfangs auch noch Buße an den Verklagten und Wette an den Richter bezahlen mußte. Keineswegs konnte also der Eigenthümer die Sache jetzt dem Commodatar abgewinnen; vielmehr behielt der Verklagte die Sache, und der frühere Eigenthümer konnte nur den Commodatar wegen Entschädigung in Anspruch nehmen. Daß dies die einzig richtige Auffassung des Sachverhältnisses ist, geht aus allen späteren Rechtsquellen, namentlich aus dem grade hier so wichtigen Lübischen Rechte III. 2, 1. 2. hervor. In der zweiten schon oben angeführten Stelle wird zuerst dem Eigenthümer Vorsicht in der Wahl dessen, dem er das Seine leihet oder vertrauet, anempfohlen. „Dann, heißt es weiter, würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es gelehnet oder vertrawet, dasselbe verkaufte, versetzte oder sonsten alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben von dem, welchem das ausgelehnet Gut per contractum gebracht, so muß er es selbsten lösen; sonsten bleibet, der es gekauft oder an sich gebracht, näher dabei dann derjenige, welcher das Gut

---

49) Vergl. das Edict von Otto I. u. Otto II. a. 967. cap. 7. bei Pertz Monum. Germ. Leg. T. II. p. 33.

ausgelehnet. Dann do jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn widerrumb suchen." Wie, läßt sich fragen, sollte nur aus dem von Eichhorn für die ältere Zeit behaupteten Grundsatze, wonach der Eigenthümer die Sache stets dem ersten Empfänger abzugewinnen gehabt hätte, dieses spätere Recht entstanden seyn? Jedermann weiß, daß in der historischen Entwickelung des deutschen Eigenthums die objective Bedeutung desselben im Laufe der Zeit zu- aber nicht abgenommen hat. Wäre die Ansicht von Eichhorn richtig, so hätte grade das Umgekehrte Statt gefunden. In älteren Zeiten hätte der Eigenthümer stets eine Vindicationsklage gehabt, aber bei einer vorausgegangenen freiwilligen Hingebung der Sache ohne Eigenthumsübertragung dadurch modificirt, daß die Sache hier dem ersten Empfänger abgewonnen werden mußte. Später hätte der Eigenthümer diese Vindicationsklage gegen den ersten Empfänger ganz verloren; die Stelle des Lübischen Rechts schließt dieselbe unbedingt aus; dagegen stand ihm nun gegen den dritten Besitzer der Sache, welcher dieselbe durch Vertrag an sich gebracht, ein Recht die Sache einzulösen zu, während er sie unentgeltlich von denselben zu vindiciren auch jetzt nicht vermochte. Da läßt sich in der That ein Zusammenhang zwischen älterem und neuerem Recht, eine organische Fortbildung des ersteren zum letzteren nicht mehr entdecken. Ganz anders nach der oben entwickelten Ansicht:

Aelteres Recht. Fall: der Eigenthümer verleiht seine Sache; der Commodatar verkauft sie an einen Dritten. — Die Sache ist für den Eigenthümer verloren; derselbe hat blos einen Entschädigungsanspruch gegen den Commodatar.

Späteres Recht. Derselbe Fall. — Die Sache ist nicht mehr unbedingt für den Eigenthümer verloren. Er kann sie von dem Dritten einlösen, und hat einen Entschädigungsanspruch gegen den Commodatar.

Hier läßt sich ein Fortschreiten zu einer objectiveren Auffassung des Eigenthums erkennen, wiewohl dieselbe von der des römischen Rechts noch immer weit entfernt ist.

b. Der andere Fall ist auch hier, wenn dem mit Anfang beklagten jetzigen Besitzer der Sache Bruch an seinem Gewerен wird, oder wenn derselbe einen rechtmäßigen Erwerbungsgrund der Sache gar nicht anzugeben vermag. Aber selbst hier mußte

der mit Anfang klagende frühere Eigenthümer der Sache abgewiesen werden; denn auch hier vermochte er den Beweis nicht zu führen, welcher nöthig war, um mit einem Anfange durchzudringen. Um dieß zu können, mußte er nämlich selbdritte, d. h. mit zwei Eideshelfern, schwören, daß ihm die Sache gestohlen oder geraubt, überhaupt wider seinen Willen aus seinen Geweren gekommen sey, daß sie sein gewesen und es noch sey [50]).

---

50) Sachsensp. II. 36. §. 7. „Selbe dirte sal he sich darzu zihen der ez geanevanget hat. ab jenem bruch wirt an deme geweren." Sächs. Distinct. b. Ortloff IV. 42, 25. (Böhme IV. 13, 21.) „Wer eyn phert wel anefangen, daz ome gestoln adder obegeroubet ist, der sich mit gerichte unde gerechtickeyt dorczu czin wel, her sal mit sime rechten fusse deme pherde treten uff sinen lincken fusz vorne uff sinen huf, unde sal mid der lincken hand deme pherde griffe in sin lincke or, unde sal begern der heyligen unde des stelers, unde sal czu dene heyligen deme pherde uff deme houbte swern, daz daz phert sin were, do is ome obegestoln adder obegeroubet wart, unde noch sin sy, also om god helffe unde alle heyligen. Czut sich denne jener an sine gewer, daz mus disse vorfulgen bis an dy wilden sehe adder dorobir." Vgl. Sächs. Dist. Ortloff IV. 42, 3. Böhme IV. 13, 2. Uebrigens scheint in den Sächs. Dist. der regelmäßige Gang des älteren Anfangsprocesses schon verdunkelt zu seyn, indem die Sache so dargestellt wird, daß der Proceß mit dem von dem Kläger zu schwörenden Eide darüber, daß ihm die Sache gestohlen oder abgeraubt sey, begann, und nun erst dem Verklagten frei stand, sich zu vertheidigen, namentlich sich auf seinen Geweren zu ziehen. Andere gleichzeitige Quellen kennen den Anfang gleichfalls in dieser Form. Vgl. z. B. das Privilegium der Deutschen in Prag a. 1273. §. 23. (bei Tzschoppe und Stenzel a. a. O. S. 387.), Magdeb. R. v. 1304. (an Görlitz gesandt) §. 47. Der Sachsensp. II. 36. erscheint auch hier wieder durchaus consequent, in sich genau zusammenhängend; zugleich ist die Aehnlichkeit des Anfangsprocesses mit dem Verfahren beim gerichtlichen Zweikampfe I. 63. bemerkenswerth. Die Hauptacte jenes Processes sind 1. Anfassung der Sache mit Erlaubniß des Richters, ohne Eid des Klägers. 2. Einreden des Verklagten, durch deren Beweis er nach Umständen den Kläger ganz zurückzuweisen vermag; wenn er z. B. darthut, daß er das in Anspruch genommene Pferd oder Vieh in seinem Stalle aufgezogen habe. 3. Beweis des Klägers, wenn entweder durch die Einrede des Verklagten an sich, ein rechtmäßiger Erwerb der Sache nicht nachgewiesen wird, z. B. wenn sich derselbe

Indem er dies ohne Meineid nicht konnte, mußte er unterliegen, und wahrscheinlich auch in diesem Falle Buße und Wette zahlen. Denn der Sachsenspiegel **II. 36.** sagt ganz allgemein, daß der Anfanger einer Sache, sobald er dieselbe verliere, d. h. in dem Rechtsstreite nicht durchdringe, dieselbe mit Buße und Wette lassen müsse. Aus dieser Auffassung des Verhältnisses erklärt sich allein, wie der Anfang des Eigenthümers selbst gegen einen Dieb oder Räuber, welcher die Sache dem Commodatar gestohlen oder geraubt hatte, für den ersteren ungünstig ausfallen mußte. Denn daß dies der Fall war, geht ja aus den Hauptstellen über die Regel: Hand muß Hand wahren (vgl. oben §. 11.) deutlich hervor, indem dem Eigenthümer selbst dann, wenn dem Commodatar die Sache gestohlen oder geraubt worden war, doch immer nur eine Forderung gegen diesen zugestanden wurde. Hierbei drängt sich jedoch noch folgende Frage auf. Der Sachsensp. **II. 36.** §. 5. sagt:

> „Wirt aber ime bruch an deme geweren (nämlich dem mit Anfang verklagten Besitzer der Sache) her muz daz gut mit buze und gewette lazen. und zihet man in roubes oder dube daran. des muz her sich entschuldigen nah rechte."

Dabei läßt sich fragen: in welchem Momente der gerichtlichen Verhandlungen der Besitzer genöthigt werden konnte, sich durch einen Eid von einem ihm schuld gegebenen Diebstahle oder Raube rein zu waschen? Daß dem Besitzer Bruch an seinem Geweren wird, das allein hat, wie wir gesehen, noch nicht den Verlust des Processes für ihn zur Folge: denn nun muß ja der Vindicant erst selbdritte schwören, daß ihm die Sache gestohlen oder geraubt worden oder sonst wider Willen abhanden gekommen sey. Wie nun, wenn dem Besitzer Bruch an seinem Ge-

---

darauf beruft, daß er die Sache auf dem gemeinen Markte gekauft habe, oder wenn dem Verklagten Bruch an seinem Geweren wird. Niemals also kann ein Kläger im Anfangsprocesse den Sieg davon tragen, der sich nicht durch einen Eid zu der Sache zieht, selbdritte vollkommener Leute an ihrem Rechte, die das wissen, daß ihm dieselbe dieblich oder raublich oder sonst wie wider Willen abhanden gekommen sey. — Vgl. noch über die älteste Vindication beweglicher Sachen Rogge Gerichtswesen der Germanen: S. 226 fg.

weren wird, und wenn der Vindicant auch jenen Eid nicht zu schwören vermag? Kann in diesem Falle der Vindicant den Besitzer des Diebstahls oder des Raubes zeihen und ihn zum Reinigungseide nöthigen? Dies glaube ich nach ursprünglicher Rechtsansicht verneinen zu müssen. Erst muß immer die Thatsache feststehen, daß die Sache den mit Anfang Klagenden gestohlen oder geraubt worden sey, und dies ist nicht eher der Fall, als wenn er es selbdritte beschworen hat. (Vgl. das Privilegium v. Leobschütz a. 1270 §. 42. bei Tzschoppe u. Stenzel Urkundensammlung S. 379.) Nun erst kann die neue Frage entstehen, wer der Dieb oder Räuber gewesen sey, und nun erst ist der Verklagte verpflichtet, wegen einer deshalb gegen ihn erhobenen Beschuldigung einen Reinigungseid zu schwören. Hieraus folgt also, daß ein Dieb, der die Sache dem Commodatar gestohlen hatte, und nun von dem Eigenthümer mit Anfang belangt wurde, wenn dieser mit seinen Eideshelfern nicht etwa einen falschen Eid schwor, gar nicht in den Fall kommen konnte, sich wegen eines ihm schuld gegebenen Diebstahls mit Eid reinigen zu müssen. Vielmehr konnte die Verpflichtung hierzu für ihn immer nur dann eintreten, wenn der Commodatar mit Anfang gegen ihn klagte, wenn er nun wie natürlich keinen Geweren fand, und der Commodatar selbdritte schwor, daß ihm die Sache gestohlen worden sey.

(Die Fortsetzung folgt.)

Wer haftet für die Abfindungen der Geschwister, die der den Hof übergebende Bauer zu berichtigen übernahm? Wann können sie eingeklagt werden?

Von

J. Scholz dem Dritten,

Oberappellations- und Landesgerichtsprocurator zu Wolfenbüttel.

§. 1.

Wenn der Bauer den Hof sammt Zubehöre einem seiner Kinder übergiebt und sich auf die Leibzucht zurückzieht, so heißt es in Hinsicht auf Abfindungen in den Verlassungsverträgen nicht selten, entweder: daß der Zurücktretende die Abfindungen (ohne deren Betrag zu bestimmen) an die Geschwister des Hofserben zu berichtigen *selbst* übernehmen wolle, oder es wird die Abfindungssumme wörtlich ausgedrückt und dem Annehmer zur Bedingung gemacht, daß er den bestimmten Betrag *in die Hände des Abtretenden* zahlen solle.

Das Erste geschieht gewöhnlich, wenn der Vater noch eignes Vermögen besitzt, wovon er die übrigen Kinder zu befriedigen gedenkt, oder wenn die Uebergabe des Hofes (sey es wegen Schulden oder Schwäche des Vorbesitzers) dringend wird und der Annehmer ein Mehreres als Schulden und Leibzucht betragen nicht übernehmen zu können glaubt; das Zweite aber, wenn die Abzufindenden in den Jahren noch zurück sind und die Eltern inzwischen die Zinsen der Abfindungskapitale, oder wohl gar diese selbst, zu benutzen denken.

§. 2.

Sehr oft ereignet es sich alsdann, daß die Gelder in den Händen des Vorbesitzers verloren gehen und derselbe überhaupt nicht soviel nachläßt, daß die Abfindlinge ganz oder theilweise ihr Erbtheil erhalten können. Alsdann entsteht die Frage: wer für die Abfindungen verhaftet sei? oder mit anderen Worten: ob die Abfindlinge diese Verluste tragen müssen, oder ob ihnen ein Klagrecht gegen den Annehmer des Hofs zustehe und wann?

Bei den Schriftstellern haben wir diese Fragen nicht berührt gefunden und die Gerichte schwanken unsers Wissens noch in der Entscheidung. Wir wollen versuchen, die Sache etwas näher zu beleuchten, und glauben, das Ergebniß müsse sich dahin vorlegen, daß der Hof es sei, welcher den Abfindlingen in solchen Fällen verhaftet bleibe, daß ihnen also gegen den Annehmer desselben ein Klagrecht zustehe.

§. 3.

Zuvörderst muß hier, wenn auch nur in abgekürzter Gestalt, der Standpunkt untersucht werden, worauf sich die Erbansprüche der Abfindlinge nach Bauernrechte eigentlich befinden.

Runde [1]) sagt von einer solchen Gutsabtretung:

> Wer aus dem Stande eines activen Staatsbürgers heraustritt, sein Gut, dessen Cultur ihm jenen Stand erwarb, einem Andern übergiebt und sich von diesem Nachfolger zu Tode füttern läßt, der ist in gewissem Verstande als bürgerlich todt anzusehen. Der Staat hat ihn verloren, er erwartet nichts mehr von dem Pflegbedürftigen, welcher durch sein Zurücktreten den Fall der Vermögensverlassung offenbar erfrühet, der sonst erst mit seinem Tode eingetreten sein würde.

Schon vor Runde waren mehrere ältere Rechtslehrer [2]) der Ansicht, daß eine solche vertragsmäßige Uebergabe die Stelle

1) Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile S. 293.

2) Pufendorf obs. jur. T. III. obs. 23. §. 2. J. F. Runde deutsches Priv. R. §. 521. Hugo jur. Encyklop. §. 83. (2te Ausg.) und mehrere Andere, die Runde S. 292. in der Note anführt.

einer wahren Erbfolge vertrete, und in der That bewegt sich das Geschäft, sowol was seine Eigenthümlichkeiten als Folgen betrifft, in diesem Rechtsbegriffe immer am sichersten. Wir können daher kaum veranlaßt werden, uns nach anderen Formen oder Titeln umzusehen; obgleich wol nicht zu leugnen ist, daß der Handel auch auf andere Weise, z. B. als elterliche Theilung unter Kinder, als Schenkung, Tausch, Kauf u. s. w., eingekleidet werden könne und hin und wieder auch wohl örtlich eingekleidet werde [3]). Der größte Theil der neueren Schriftsteller [4]) blieb daher auch der obigen Theorie getreu.

§. 4.

Nehmen wir nun aber auch die bäuerische Gutsübergabe in dem obigen Sinne, so bleiben doch immer zwei in der Anwendung nicht unwichtige Fragen zu lösen:

1) Mit wem ist denn eigentlich der Vertrag errichtet? Ist dies mit einem oder mit allen Erben geschehen? und

2) wenn das erste nicht geschehen ist, welches Geschäft mit den übrigen Colonatserben liegt hier vor?

Auch diese Fragen haben wir wenig erörtert gefunden, obwol sie in ihren Folgen allerdings von Wichtigkeit sind.

§. 5.

Zu Nr. 1. Bei den Schriftstellern findet sich, wie gesagt, das Geschäft fast durchgängig unter die Rubrik eines Erbvertrags gestellt. Jedoch schon dahin, daß der Vertrag nur zwi-

---

3) Puchta, über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung §. 4. S. 22. (Gießen 1837), nimmt im Allgemeinen einen Kauf an. Auch im Herzogthum Braunschweig, namentlich im Blankenburgschen, wird diese Form meistens beobachtet, dennoch aber das Geschäft von den Gerichten nach der Theorie einer erfrüheten Erbfolge behandelt. Vergl. des Verfs. Intestaterbrecht bäuerischer Ehegatten S. 148.

4) Mittermaier deutsch. Priv. Recht §. 198. (3. Ausg.). Pfeiffer prakt. Ausführ. B. 4. S. 120. Hagemann Landw. Recht §. 56. Eichhorn deutsch. Pr. R. §. 363. (365.)

schen dem Erblasser und dem eigentlichen Anerben zu Stande komme.

Runde[5]) sagt:

Die Anticipation der Erbfolge kann freiwillig geschehen durch einen Vertrag zwischen dem Colonus und dessen Nachfolger (also mit Einem), oder sie kann wider Willen des ersteren vom Gutsherrn auf dem Wege Rechtens erzwungen werden. Daß jener Vertrag (pactum successionis anticipatae) in die Klasse der Erbverträge gehört, ergiebt sich aus dem Vorigen von selbst.

Eichhorn[6]) macht einen Unterschied in den Worten:

Seinem Ursprunge nach ist das Geschäft ein deutscher Erbvertrag in der alten Form, mit Aufnahme des Erben in das Gesammteigenthum, weßhalb auch die übernommene Verpflichtung stets als eine Reallast auf dem Gute haftet. Heutzutage pflegt sie unter dem Gesichtspunkte einer anticipirten Erbfolge betrachtet zu werden.

Dieser Unterschied zwischen alter und neuer Erbfolge kann wol nur darin liegen, daß früher die Erbschaft oder der Gegenstand erst nach dem Tode überging, jezt aber schon bei lebendigem Leibe.

Pfeiffer stimmt gleichfalls in den Worten bei:

Vertrag ist daher der allgemeine Rechtstitel des vorliegenden Geschäfts, und weil dessen Zweck auf die Anordnung einer Erbfolge gerichtet ist, so stellt sich solcher als Erbvertrag dar[7]).

Er sezt nachfolgend mit Eichhorn hinzu:

Ein völliges Einverständniß aber herrscht darüber, daß die Abtretung von Bauergütern an den Erben bei Lebzeiten des Besitzers heutzutage unter dem Gesichtspunkte einer anticipirten Erbfolge betrachtet zu werden pflege.

---

5) a. a. O. §. 6. S. 302.

6) a. a. O. §. 663. der 1sten und §. 365. der folgenden Ausg.

7) Derselben Ansicht sind auch Mauerbrecher Lehrbuch des gem. deutschen Rechts Th. 2. §. 679. Note 9. und gewissermaßen auch Phillips Grundsf. des gem. deutsch. Pr. R. B. 1. §. 24. S. 305 u. f. und §. 25.

Die obigen Schriftsteller, die wir darum wörtlich aushoben, haben also nur zwei Contrahenten vor Augen, den Erblasser, welcher die Colonatserbschaft eröffnet und den Anerben, dem sie überkommt. Steht dieser allein, so hat die Sache dahin kein Bedenken, daß die Rechte beider Theile nur aus dem Vertrage abgeleitet und darnach beurtheilt werden können. Da dies aber gewönlich nicht der Fall ist, da sich meistentheils andere Erben finden, und zwar solche, die dem Anerben in erbrechtlicher Beziehung gleichstehen [8]), häufig aber nicht einmal zugezogen werden, so fragt sich sogleich, was soll denn mit diesen werden? Man hat wol angenommen, auch sie wären in dem Vertrage begriffen, der Vater vertrete sie, und was er in Hinsicht ihrer Erbrechte und Erbtheile bestimme, sei eben so verbindlich anzusehen, als ob mit ihnen selbst contrahirt wäre. Wir tragen aber Bedenken dies anzunehmen.

Waren die Colonatsmiterben gegenwärtig, waren sie großjährig oder minderjährig und gehörig vertreten, so mag immerhin eine vertragsmäßige Verbindlichkeit auch für sie angenommen werden. Alsdann liegt aber nicht, wie jene Rechtslehrer annehmen, ein Vertrag mit einem Erben, sondern mit sämmtlichen Miterben vor, und wenn der Vertrag, einmal Vertrag, nicht aber eine einseitige Disposition sein soll, wenn er nicht blos Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten erzeugen soll [9]), so dürfte die Vertretung von Seiten des Vaters aus der römisch-rechtlichen väterlichen Gewalt, der Personeneinheit, des vermutheten Mandats u. s. w. auch bei diesem Vertrage überall Bedenken erregen.

Noch bedenklicher aber würde die Sache sein, wenn — wie auch sehr oft vorkommt — die Mutter die Verlassende und Contrahirende ist.

---

8) Der Unterschied zwischen Natural- und Civiltheile liegt blos in der Theilungsart, nicht im Rechte selbst, sezt vielmehr dieses Recht gerade voraus.

9) Gewönlich Leibzucht, Zahlungen an Gläubiger, an Miterben u. s. w., also Erwerbung unter lastbarem Titel. Pfeiffer a. a. O. S. 122.

§. 6.

Die Miterben als Contrahirende, oder vom Erlasser Vertretene, gemeinrechtlich anzusehen, würde zwar minder bedenklich oder vielmehr ganz überflüssig erscheinen, wenn man annimmt, daß den Geschwistern des Anerben vom Colonate selbst kein eigentlicher Erbtheil, sondern nur als Art der Alimente eine Aussteuer oder Brautschatz gebüre [10]); allein diese Ansicht stimmt eben so wenig mit der Praxis überein, als sie überhaupt gegen die Sippe anstoßen würde.

Der zum Colonate berufene Anerbe, weil er seinen Geschwistern in erbrechtlicher Beziehung ganz gleichsteht, kann vor diesen nichts voraus haben, als den Naturalbesitz des Guts selbst sammt den damit verbundenen Allodialgegenständen, während die Uebrigen nur Civiltheile erhalten. Selbst zu diesem Voraus würde er nicht gelangen, wenn das Bauernrecht nicht den eigenthümlichen Grundsatz der Untheilbarkeit kennte [11]).

Das mit der Stelle verbundene Allodium, welches der Bauer, wenn es auch der Hof nach sich zieht, doch wirklich sein eigen nennt, muß er aber unter allen Umständen theilen, und wenn keine Ungerechtigkeit unter gleich nahen Verwandten eintreten soll, auch die Vortheile des erblichen Benutzungsrechts des Colonats, weil auch dieses eine Sache von Werth ist, die einen Theil des Vermögens des Erblassers bildet und ohne Härte nicht auf einen, sondern auf alle Erben übergehen muß. Hierbei tritt nur die einzige Beschränkung ein, daß, der Erhaltung des Colonats wegen, dieser Vortheil anders berechnet oder veranschlagt werden muß, als wenn die Benutzung eines freien oder theilbaren Guts vorläge.

Mit Grund nimmt daher auch die Mehrzahl der Schriftsteller an, daß den Geschwistern auch ein Erbtheil vom Colonate gebüre und daß die Abfindung ein Aequivalent dafür sei [12]).

---

10) J. F. Runde deutsch. Priv. Recht §. 520. und Danz Handb. des deutsch. Priv. Rechts §. 530. S. 393 u. f. scheinen dies anzunehmen.

11) Daß die Erben eines und desselben Grades sich gleichstehen, offenbart sich auch, wenn der Anerbe zurücktritt oder stirbt.

12) Struben de jur. villic. cap. 3. §. 20. verbis: Sed inde haud sequitur lucrum, quo successor fruitur, coheredibus pensan-

§. 7.

Sind die Geschwister des Anerben nun bei der vertragsmäßigen Erfrühung der Colonatserbschaft in einer sie ermächtigenden und verbindenden Lage gegenwärtig gewesen, waren sie also in Hinsicht auf das ihnen ausgesetzte Erbtheil Mitcontrahirende, so versteht sich von selbst, daß sie das ihnen Zugesagte auch nur aus diesem Vertrage fordern können. Waren sie aber nicht gegenwärtig oder nicht besonders vertreten, so muß

Zu Nr. 2. angenommen werden, daß in Hinsicht auf sie keine vertragsmäßige, sondern eine Intestaterbschaft vorliege, eine Erbschaft, die zwar bei Gelegenheit des Vertrags mit dem Anerben eröffnet, aber in Hinsicht auf die Theilnahme nicht blos dem eigentlich contrahirenden Anerben, sondern mit Abtretung des Gegenstandes, wovon sie erfolgen soll, auch gleichzeitig und von selbst [13]) denen überwiesen war, die erbrechtlich gleichen Antheil daran haben [14]). An der Concludenz dieses Satzes ist wol nicht zu zweifeln, sobald die Vordersätze richtig sind, daß der Hofserbe nicht alleiniger Erbe seyn könne, daß den Miterben vielmehr auch ein Erbtheil vom Colonate gebüre, in dessen Vertrag sie bis dahin nicht eingeschlossen wurden. Daß übrigens diesen Mitbewerbern physische oder moralische Unfähigkeit oder Verzichte entgegenstehen können, versteht sich von selbst. Auch ist davon die Frage ganz unabhängig, welche Portion sie intestaterbrechtlich verlangen können und wann ihr Klagrecht geboren sei? Wir werden darauf später kommen.

§. 8.

Ist nun aber den Geschwistern des Anerben eine Erbschaft einmal intestatmäßig eröffnet, oder mit anderen Worten, müssen sie vom Colonate abgefunden werden; so folgt eben so unbeweislich, daß es der Gegenstand und dessen Besitzer

dum non esse. Runde von der Int. Wirthsch. §. 65. Mittermaier deutsch. Pr. R. §. 445. Pfeiffer prakt. Ausführungen B. 4. S. 143. Gebr. Overbeck Medit. B. 6. Med. 326.

13) Bei suis bedarf es keiner Erklärung über Antretung.

14) Eichhorn deutsch Priv. Recht §. 338. nimmt Verträge an, die das bestehen lassen, was schon war (pacta conservativa).

sei, der mit ihnen zu theilen oder die Abfindung zu leisten habe.

Die Rechte der Abfindlinge sind dinglich, sie befinden sich nach allgemein angenommener Theorie bis zu erfolgter Theilung oder Befriedigung in einem Miteigenthume [15]). Der Annehmer des Colonats ist also nicht allein ihr Schuldner, sondern noch mehr als das, er ist behindert, Alleineigenthümer zu werden, ehe er die Geschwister wegen des Miteigenthums abgefunden hat [16]). Von dieser Verbindlichkeit können ihn nicht die Einreden befreien, daß den Geschwistern in dem Vertrage eine Abfindung nicht ausgesetzt sei, noch daß der abgehende Colon sie seinerseits zu berichtigen versprochen, noch endlich daß er den ausgesetzten Betrag bereits in die Hände des Lezten gezahlt habe.

Die Einrede, daß der Miterben in dem Vertrage nicht gedacht sei, kann nichts entscheiden, weil, wie wir sahen, der Antheil den Abfindlingen intestaterbrechtlich zustand so lange, bis nachgewiesen werden kann, daß sie befriedigt oder auf giltige Weise davon ausgeschlossen sind.

Eben so wenig vermögen die Einwürfe, daß der Zurücktretende die Berichtigung über sich genommen habe, oder daß die Zahlung bereits zu dessen Händen geschehen sei [17]). Beide Gründe stehen sich gleich. Die Contrahenten, der Abgebende und Annehmende, haben hier Forderungen, die auf der Sache oder dem Gegenstande hafteten, also dinglich waren, zu persönlichen gemacht, statt des Annehmers und dessen Guts, worauf Erbrechte und Miteigenthum ruhen, soll der Abgeber zahlen, der das Gut nicht mehr hat. Es soll also in der That eine Novation oder eine Art Delegation vorgenommen werden, daß dies aber ohne Zustimmung des Gläubigers, ohne Vertrag

---

15) von Bülow Abhandl. über versch. Materien des bürgerlichen Rechts Th. 1. Abh. 16. Spangenberg (zu Hagemann) Th. 1. S. 99 u. f. Runde von der Leibzucht S. 326. in den Worten, die quantitas pacti realis verstehe sich von selbst.

16) von Bülow a. a. O. S. 336.

17) Zugleich ein Beweis, daß die Miterben nicht übergangen werden sollen.

zwischen den eigentlichen Schuldnern und dem neuen, und besonders zwischen dem alten Gläubiger voraussetze, ist eben so bekannt [18]), als nicht anzunehmen ist, daß die Abfindlinge darein willigen wollen.

§. 9.

Daß also den Abfindlingen — wie in dem Obigen vorausgesezt wurde — Miterbrechte am Colonate zustehen, leidet wol kein Bedenken; mehr aber die Frage:

1) von welchem Umfange die Rechte sind, ob sie einen vollen Kindestheil, oder nur einen eigentlichen Pflichttheil umfassen? und

2) wann dieser Erbtheil gefordert werden kann?

Zu Nr. 1. Von den obigen drei Fällen — wenn nämlich in dem Uebergabevertrage der Abfindung gar nicht erwähnt ist; wenn der Zurücktretende sagt, daß Abfindung erfolgen solle, er sie aber seinerseits abführen wolle; und wenn die Summe genannt und in die Hände des alten Hofbesitzers zur Berichtigung gezahlt ist — von diesen Fällen sagen wir, muß der lezte von den beiden ersten wiederum getrennt werden.

Sezt der auf die Leibzucht Weichende den Betrag der Abfindungen aus und nimmt ihn in seine Hände, so kann in Hinsicht auf den Willen und die Summe wol kein Zweifel obwalten: der vom Colonate Weichende sowol als der in dasselbe Einrückende waren alsdann eben sowol darüber einig, daß den Abfindlingen ein den Colonats- oder Erbschaftskräften angemessener Theil werden, als wieviel er betragen solle. Der Hofsannehmer zahlte den Betrag und der Hofsverlassende nahm ihn zu eben dem Zwecke in Empfang.

Wie aber ist die Sache, wenn die Summe nicht genannt wurde?

Das gemeine Recht kennt die Regel, daß da, wo elterliche Dispositionen vorliegen, die Kinder, welche nicht besonders als Erben genannt oder eingesezt wurden, als übergangen oder nur auf den Pflichttheil gesezt angesehen werden sollen, oder

---

18) Thibaut Syst. §. 937. Schweppe Röm. Priv. Recht §. 633.

mit anderen Worten, daß das, was Kinder oder Gleichstehende von der Erbschaft verlangen können, nur der Pflichttheil sei. Wir haben eben schon gezeigt, daß die Abfindlinge hier nicht als in dem elterlichen Vertrage begriffen angesehen werden, daß ihnen vielmehr nur bei Gelegenheit des Vertrags eine Intestaterbschaft eröffnet wurde. Daher kann sie denn die obige Regel nicht treffen.

Auch muß hinzugefügt werden, daß nach bäuerischem Gebrauche und Absicht der Verlassende sowol als der Annehmende nichts weniger als ein Uebergehen der Miterben bezwecken.

Dergleichen kann nur bei einseitigen Dispositionen angenommen werden.

§. 10.

Man würde hier wiederum den Einwand machen können, wenn die übrigen Kinder auch nicht als Mitcontrahirende angesehen werden können, daß der Vater darum doch habe disponiren können und daß der mit dem Gutsannehmer errichtete Vertrag eine solche elterliche Disposition unter Kindern sei. Wir bezweifeln aber auch diese Eigenschaft.

Eine solche Theilung der Eltern unter Kindern würde immer voraussetzen, daß sie gleich dem Testamente erst mit dem Ableben des Verfügenden zur Vollziehung kommen sollen [19]), und den obigen Vertrag lernten wir als einen solchen kennen, der sogleich bei Lebzeiten in Wirksamkeit tritt, und nach den Eigenthümlichkeiten des Bauernrechts, sobald von der Colonatserbschaft Rede ist, sogleich zur Vollziehung kommen muß.

Der Zurücktretende erklärt sich nämlich in dem Augenblicke, daß er die Stelle übergiebt, zur Bewirthschaftung unfähig, und die Regeln des Bauernrechts wollen einmal, daß ein Unfähiger das Colonat nicht länger bewirthschaften könne. Selbst wenn der Verlassende sich die Regierung noch vorbehalten sollte, ist

---

19) Pfeiffer a. a. O. S. 125, der zugleich bemerkt, daß Runde derselben Ansicht sei, obwol er in der Rechtslehre von der Leibzucht S. 313. anderer Meinung zu sein scheint.

der Grund und Begriff der Unfähigkeit nicht aufgehoben, sondern nur auf einige Zeit hinausgesezt [20]).

Mit Grund nimmt man daher an, sowol im Allgemeinen als auch im Falle des kinderlosen Absterbens des Anerben und dessen Geschwister, daß ein solcher Vertrag nicht widerruflich sei [21]).

Ist also das Geschäft keine Disposition auf den Todesfall, vielmehr nach der Absicht der Parteien, zumal wenn von einem besondern Gegenstande oder besondern Rechten Rede ist, sogleich vollziehbar [22]), gehen sogar bei Kindern — wovon hier Rede ist — die Rechte ohne Erklärung über die Antretung der Erbschaft von selbst über; ist das Geschäft nicht widerruflich, so kann auch von einer Disposition, die jene Rechte auf den Pflichttheil beschränkte, nicht Rede seyn [23]).

Bauerrechtlich muß überhaupt angenommen werden, daß der Zinsbauer — und diese Klasse ist bei weitem die größte — wenn ihm einmal das Colonat erblich, d. h. auf seine Erben übertragbar, verliehen wurde, und zwar meist schon vor Einführung des fremden Rechts, daß er solches immer auch auf die Nächsten in der Sippe übertragen wollen, und zwar nach gleichen Rechten so lange, bis umgekehrt erhellt, daß dies nicht geschehen sollen.

Die allgemeine Observanz hat sich daher auch dahin befestigt, daß wenn der Bauer die Stelle in Hofverlassungs-Urkunden oder Ehestiftungen einem Anerben übergiebt, ohne der Abfindungen der Geschwister zu erwähnen, oder wenn er ihrer ohne Bestimmung der Summen gedenkt, immer angenommen wird, nicht, daß er sie gegen den Annehmer zurücksetzen wollen, nicht, daß er darunter nur den Pflichttheil, sondern daß er im-

20) Runde von der Leibzucht S. 334. Pfeiffer a. a. O. §. 11. S. 141.

21) Runde von der Leibzucht S. 326. Pfeiffer a. a. O. S. 148. Glück Comment. §. 545. Mittermaier deutsch. Priv. R. §. 403. von Bülow und Hagemann prakt. Erörter. B. 4. S. 377.

22) Mittermaier a. a. O.

23) Eine wirkliche Enterbung würde in dergleichen Verträgen noch weniger geschehen können, weil hier nach bekannter Theorie gewisse Formen im Testamente erfordert werden.

mer den Theil verstanden habe, der den Kindern intestaterbrechtlich zukommt, d. h. einen Civiltheil, wie ihn die Kräfte des Hofes zur Zeit der eröffneten Erbschaft mit sich bringen.

§. 11.

Erwerben die Geschwister des Anerben diesen intestaterbrechtlichen Civiltheil sogleich mit der erfrüheten Erbfolge, können sie ihn auf ihre Erben übertragen und aus dem Colonate oder von dessen Besitzer fordern, ohne sich an den zurücktretenden Leibzüchter weisen zu lassen: so bleibt

Zu 2. noch übrig, darüber einiges zu sagen, ob sie den Besitzer des Colonats auch sogleich auf Auszahlung in Anspruch nehmen können, oder ob sie damit so lange warten müssen, bis der Vorbesitzer stirbt, oder bis klar wird, daß die Abfindungen überall nicht erfolgen können? Wir glauben das Lezte.

Man nimmt nämlich bauerrechtlich allgemein an, daß theils um das Colonat zu schonen, theils weil das freie Erbe sich leichter vertheilt, auch dieses zuerst und jenes nur eventuell zur Theilung kommen müsse.

Daraus folgt, daß der Erblasser, obwol er die Colonats- und Allodialmasse in seiner Person vereinigte und Erbansprüche auf der ganzen Masse ruhen, dennoch nicht nothwendig, seine Erben aus der ersten Masse zu befriedigen brauche, es ihm vielmehr — wenn er nicht überall Gründe zur Enterbung hatte — freistehen müsse, zuerst sein freies Erbe zu vertheilen und erst wenn dieses nicht zureicht, das Colonat zu belasten. Eben daher muß es ihm aber freistehen zu sagen, daß er zwar das Colonat abtrete und die Erbschaft darin erfrühe, daß aber die eigentliche Erhebung oder die wirkliche Theilung erst bei seinem Tode, also die Bestimmung der Civiltheile aus dem Gute erst dann erfolgen solle, wenn das, was er sonst nachlasse, nicht ausreichen würde, seine Kinder wegen des ihnen bestimmten Erbtheils zu befriedigen.

§. 12.

Der Verlassende kann dies um so freier

1) da man im Bauernrechte nicht ohne Grund annimmt, daß der römisch-rechtliche Grundsatz: nemo pro parte testatus

et pro parte intestatus decedere potest, überall keine Anwendung finde[24]), also namentlich nichts dagegen ist, daß der Bauer über die Colonatserbschaft vertragsmäßig oder mit einem Testamente über die Allodialerbschaft, aber ohne Testament und so wieder umgekehrt, verfügen könne.

Der Grund dieser Eigenthümlichkeit liegt darin, weil die Sorge für das Colonat und deren Abfindlinge oft Bestimmungen erfordert, die keinen Aufschub leiden, während das Allodialvermögen wegen schwacher Leibzucht, wegen Versorgung der Kinder erster und zweiter Ehe, kurz wegen nicht vorherzusehenden Bedarfs und Nutzens vorbehalten werden muß. Daher denn auch der allgemeine Gebrauch, daß der übrige Nachlaß des Bauern, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, unter allen Erben gleich vertheilt und auch der Hofserbe davon nicht ausgeschlossen wird.

2. So wie dem Verlassenden freisteht, daß er das Recht an den Hof, also die Nachfolge darin abtritt, sich aber die Verwaltung oder Benutzung vorbehält, eben so gut muß ihm freistehen, daß er von einem Theile des Hofes oder von Civiltheilen sich die Nutzung vorbehält.

Man hat hier wohl angenommen, daß in dem Falle, wo die Abfindung ohne Zeitbestimmung gelobt ist und sie einstweilen in die Hände des Abtretenden gezahlt wurde, dieser Abtretende blos als Aufbewahrer angesehen werden müsse[25]) und der Abfindling hier die Zahlung verlangen könne, wenn er wolle, weil das römische Recht[26]) den Grundsatz kennt, daß auch der, welcher nicht am Vertrage Theil nahm, das ihm Gebührende fordern könne.

Allein wir bezweifeln in unserm Falle die Eigenschaft eines Depositars besonders aus dem Grunde, weil der zurücktretende Erblasser vermöge des mit dem Annehmer des Hofes

24) Mittermaier deutsch. Priv. Recht §. 403. nimmt wenigstens alle Erbverträge davon aus. Vergl. auch Haase über Edictalcitationen S. 130. und Heineccius elementa jur. germ. lib. 2. tit. 7. §. 200. T. 1. p. 515.

25) Ein ähnlicher Fall wie in fr. 3. D. de usur. (22. 1.).

26) fr. 26. D. pr. depositi (16. 3.).

errichteten Vertrags, worin er die Erbtheile der Miterben in Empfang nahm, hinreichend zu erkennen gab, daß er nicht in der Eigenschaft eines Verwahrers, sondern als Nutznießer handeln und angesehen seyn wolle.

§. 13.

Aus dem Obigen geht also hervor, daß Richter und Parteien bei den nicht seltenen Verträgen dieser Art mit Vorsicht verfahren müssen.

Der Annehmer des Hofes creditire dem zurücktretenden Hofsbesitzer die Abfindungsgelder nicht anders, als wenn er von der Sicherheit desselben vollkommen überzeugt ist, oder wenn die abzufindenden Geschwister — falls sie großjährig sind — in diese Herstellung eines andern und persönlichen Schuldners willigen.

Und der Richter, welcher die Verträge zu bestätigen hat, thue solches nicht anders, als wenn der alte den Hof verlassende Besitzer für richtige Zahlung und Abfindungen Sicherheit stellt, oder wenn die künftigen Abfindlinge darein willigen, daß die Gelder ohne Weiteres creditirt seyn sollen und sie wegen der dinglichen Ansprüche den neuen Erwerber des Colonats seiner eventuellen Zahlungsverbindlichkeit entlassen wollen.

Bestimmt also — um das Ergebniß aus dem Vorhergehenden zusammenzufassen — der Bauer bei der Hofsverlassung über die Abfindungen noch überall nicht, oder sagt er, daß er die Abfindungen — sie mögen der Summe nach bestimmt sein oder nicht — seinerseits berichtigen wolle, oder ließ er sich endlich von dem Hofserben den Betrag derselben vom Colonate in die Hände zählen; so bleiben allerdings das Colonat und dessen Besitzer eventuell verhaftet; das Klagrecht der Miterben auf wirkliche Zahlung wird aber nicht eher geboren, bis sich ergiebt, daß sie aus dem Allodialnachlasse des Erblassers ganz oder theilweise nicht befriedigt werden können.

Ueber das in der Berner Stadtbibliothek befindliche Manuscript des französischen Schwabenspiegels.

Von

Freiherrn v. Löw,

Professor in Zürich.

Bei einem mehrwöchentlichen Aufenthalte in Bern hat Referent Gelegenheit gehabt, das in der Ueberschrift genannte Manuscript genauer kennen zu lernen, und da seines Wissens bis jetzt außer der dürftigen Notiz in **Sinneri Catalog. cod. mss. bibl. Bern. III. p. 1.** und einer in **Rheinwald dissert. de jure obstagii p. 7.** abgedruckten Stelle nichts über dasselbe zur öffentlichen Kunde gelangt ist, so glaubt er durch nachfolgende Mittheilung sich den Dank der Germanisten zu verdienen und einem allenfallsigen Abdrucke des Werks eine günstige Aufnahme zu bereiten.

Die Handschrift besteht aus 87 Pergamentblättern in klein Folio, welche zu einem Lederbande vereinigt sind. Das Pergament ist zum Theil sehr schmutzig, die Stärke der Tinte verschieden, zuweilen sehr schwarz, zuweilen sehr bleich, doch niemals so, daß die Schriftzüge ganz unleserlich würden. Die einzelnen Seiten sind in zwei Columnen getheilt, deren jede aus 40 Zeilen besteht. Die Blätter sind mit Ausnahme des ersten, welches nichts zum Schwabenspiegel Gehöriges enthält, numerirt. Von Blatt 80 an ist die Bezeichnung so, daß zuerst XX

und unter diesen IIII steht, also viermal zwanzig, neben der IIII dann ein Punkt und neben diesem die fortlaufenden Einer. Die Schriftzüge haben in der ersten Hälfte des Werks Aehnlichkeit mit der von Finsler in den Cranien gegebenen Schriftprobe. In der zweiten Hälfte sind sie runder und nachlässiger ausgeführt. In der zweiten Hälfte fehlen auch häufig einzelne Worte, und der Schreiber hat sich öfter verschrieben; im letzten Fall sind die unrichtigen Buchstaben und Wörter nur sehr selten durchstrichen, sondern durch untergesetzte Punkte bemerkbar gemacht. Selten sind Worte in der Zeile übergeschrieben oder am Rande beigefügt, und wo sich solche finden, scheinen sie von dem ersten Schreiber herzurühren. Die Capitelüberschriften fangen nicht mit einer neuen Zeile an, sondern sind dadurch kenntlich gemacht, daß sämmtliche Worte von einem feinen rothen Querstrich durchzogen sind. Das Capitel selbst fängt aber dann immer mit einer neuen Linie und mit einer Initiale an. In den einzelnen Capiteln sind durch rothe Schnörkel öfter da Abtheilungen bezeichnet, wo ein neuer Sinn anfängt. Von Interpunctionen findet sich nur das Punktum; von Abbreviaturen viele; namentlich wird per, par, pro, om, on, ua, ra, ue, ui, re, ri, er, in der Regel, m und n häufig durch kleine über oder unter dem Worte angebrachte Schnörkel und Striche, die Partikel et aber durch ein besonderes Zeichen angedeutet.

Das Werk beginnt mit den Worten: Ci commance li livres dou droit de la cort lo rois dalamangnie. Dann folgt die bekannte Vorrede; hierauf bis zu Blatt 39. Seite 1. Columne 2. 223 Capitel Landrecht (den Nummern nach nur 213, da die Zahlen 184 — 193 aus Versehen doppelt gesetzt sind). Dann folgen die Worte: Ci prant fin li livres dou droit paisain, und unmittelbar nachher: Ci commancerons a dire dou livre deys droit de la cort dou roys dalamaignye qui sunt fait et estrabliz per lo comant que nostre sires comanda a moyses son amis au mont de sinay por iugier leaulmant. prumieremant dirons deys frans. caplo primo. Hierauf ein Capitelverzeichniß, welches bis zu Cap. 74. ziemlich mit der Reihenfolge im Werke selbst übereinstimmt, dann aber die Cap. 75 bis 188b. ganz überspringt und daher in allem nur 105 Capitel zählt. Nun folgen drei weiße Columnen und dann

mit Blatt 41. die Worte: Ci comance li prumier livres dou droit des fiez, hierauf aber noch keineswegs das eigentliche Lehnrecht, sondern noch bis Bl. 63. S. 2. Col. 2. 147 Capitel des Landrechts; hierauf mit einer neuen Zeile die Worte: Cy androit vos dirons verite et lescleremant et la declaration dou livres qui est seconz livres qui est fait por savoir que chascons sires de cui on tient fiez ou ryere fiez comant il doit faire ver ses homes et li homes ver lour seigniour. et queil honour hont an paradix li leaul iuge et queil vitupiere cil qui ne iugent leaulmant et cil qui ne tienyent leaul iustise, und nunmehr auf Blatt 64 und 65. S. 1. C. 1. das Verzeichniß der bis zum Schluß des Werks folgenden, im Register sich auf 143, in Wahrheit aber auf 144 belaufenden eigentlichen Lehnrechtscapitel. Diese selbst beginnen auf der letzten Zeile von 65, 1. mit den Worten: Cy comance li seconz livres des fyez. Qui vuet savoir lo droit des fyez etc. Am Schluß des Lehnrechts steht der auch bei Senckenberg und Schilter befindliche Epilog, dann die Worte: Finito libro sit laus et gloria christo. Amen. alleluja. und unter diesen: Peterman Cudrifin.

Was die Reihenfolge der Capitel betrifft, so nähert sie sich im Landrecht sehr der des Amraser Codex; nur weichen die Ueberschriften häufig von diesem ab und noch häufiger sind mehrere Capitel jenes Codex zu einem verbunden, oder umgekehrt ein Capitel desselben in mehrere getheilt. Die Abweichungen in der Reihenfolge sind diese: 1) Das Cap. 240. des Cod. Amr. steht in unserm MS. zwei Capitel weiter unten. 2) Es fehlen in unserm MS. ganz Cap. 182. 258. 259. 260. 273. 282. 296. 303. Dagegen sind 3) eingeschoben nach Cap. 42. des Cod. Ambr. (in unserm MS. I. 47.) ein Capitel mit der Ueberschrift: Qui doit porter lo fer chaut (bei Schilter 374.); nach 133. (I. 158.): Se uns hons liges muert sanz hoir (Sch. 147.); nach 170. (I. 204.): Qui fait la folie de la boive (Sch. 195.); nach 173. (I. 208.): De bestes perilliouses et damageouses (Sch. 199.) und: De celi qui ha un chevaul damageous (Sch. 200.); nach 177. (I. 215.): Qui cultive lautrui char (Sch. 207.) und: Qui chace beste sor lautrui damage (Sch. 206.); nach 178. (I. 218.): Ci dirons de justise

(Sch. 209.) und: Des droit des vilages (zum Theil bei Sch. 398. §. 14.); nach 202. (II. 25.): Danfauz qui sunt a maistre (Sch. 246.); nach 209. (II. 35.): Comant lan doit iugier sus fez (Sch. 255.); nach 275. (II. 106.): Qui trueve larrucin ou roberie portant (Sch. 327.); nach 280. (II. 115.): De tuours estrabliz (Sch. 338.); nach 285. (II. 120.): De prison (Sch. 343.); endlich nach 305. (II. 139.) noch sieben Capitel mit den Ueberschriften: De marrin (II. 140.); ancors de marryn (141.); ancors de marryn (142); de laborer sor autrui biens (143.); de dous seigniour qui hont ansamble homes liges (144.); comant li frans devient liges (145.); cest de mariage qui se peut tenir ou layssier (146.); comant bastar seront leaul (147.). Bei Schilter sind diese Capitel die Cap. 362—366; nur 146. fehlt dort ganz und ist bei Senckenberg Cap. 375. — Abweichungen vom Cod. Ambr. in der Vollständigkeit der einzelnen Capitel finden sich häufig und zwar sowohl Zusätze als Fehlendes. — Das Lehnrecht anlangend stimmt dasselbe in der Reihenfolge der Capitel vollständig mit dem Schilterschen Abdruck überein, mit der einen kleinen Ausnahme, daß das Cap. 132. von Schilter unter Cap. 126 und 128. unsres MS. vertheilt ist. Dagegen sind öfter mehrere Schiltersche Capitel zusammengezogen, nämlich 24 und 25; 43—45; 50. 51; 52. 53; 118. 119; 138. 139; zweimal getheilt, nämlich 100. (in unserm MS. 94. 95.) und 132. (126. 128.); und gänzlich ausgelassen die Schilterschen Cap. 152 bis 159. Endlich weichen die Ueberschriften zuweilen ab, nämlich bei Schilters Cap. 60. 79. 122. 123. 143.

Ueber Alter und Vaterland der Handschrift wird vielleicht die Sprache einen Aufschluß geben können, in welcher Beziehung uns kein Urtheil zusteht. Von Bedeutung könnte z. B. seyn, daß das Wort „Ketzer" immer mit „vaudois" übersetzt wird. Den Schriftzügen nach möchte das MS. rücksichtlich des Alters wohl eben so gut dem Ende des 13ten, als dem ganzen 14ten Jahrhundert zugeschrieben werden dürfen. Was das Vaterland insbesondere angeht, so war ich zwar darüber bald mit mir einig, daß dasselbe nicht im eigentlichen Frankreich zu suchen sey, indem ein so starkes wissenschaftliches Interesse für fremde Rechte in jener Zeit noch nicht angenommen werden kann, ein bedeu-

tendes praktisches aber ebensowenig statt fand, auch mit der Annahme eines solchen nicht wohl zu vereinigen wäre, daß der Uebersetzer, den man sich jedenfalls als einen sehr gebildeten Mann denken muß, alles was sich ausschließlich auf die deutsche Reichsverfassung bezieht, z. B. über Wahl und Rechte des Königs, ebenfalls wiedergegeben hat. Dagegen liegt es sehr nahe, das Vaterland in einem Landstriche zu suchen, der noch zum deutschen Reich gehörte, aber entweder deutsche und französische, oder blos französische Bewohner hatte. Solche Territorien gab es nun an der ganzen westlichen Reichsgränze hin und dachte ich in dieser Beziehung namentlich an Savoyen, an die Grafschaft Mümpelgard, welche im 14ten Jahrhundert an Würtemberg fiel, an das Hochstift Basel u. a. Für ein Territorium von gemischten Bewohnern schien dann besonders zu sprechen, daß ein paarmal deutscher und französischer Ausdruck neben einander stehen. Von diesen allgemeinen Ansichten ausgehend, suchte ich nun zuerst zu erforschen, auf welche Weise das MS. auf die Berner Bibliothek gekommen. Allein über diesen Punkt war leider nichts Sicheres auszumitteln und konnte nicht einmal angegeben werden, ob das MS. zu den von Bongars in Frankreich und Straßburg gesammelten und ums J. 1628 von dessen Erben an Bern überlassenen Handschriften gehört oder nicht. Einen Aufschluß hoffte ich sodann in einer ausführlichen die ganze erste Seite des ersten Pergamentblatts deckenden Notiz zu finden. Obgleich dieselbe wegen der großentheils ganz erloschenen Tinte nicht vollständig zu entziffern war, so glaube ich doch mit Bestimmtheit sagen zu können, daß sie eine Vollmacht für einen Anwalt vom J. 1437 enthält und zu dem Werke selbst in gar keiner Beziehung steht. Das erste wird auch durch die auf der andern sonst ganz unbeschriebenen Seite befindlichen, offenbar die Aufschrift der Urkunde bildenden Worte: Procuratorium dni Hinrici olim Verden (folgen noch drei unleserliche Worte), das letzte aber dadurch bestätigt, daß nach einer Mittheilung des Herrn Oberbibliothekar Prof. Trechsel jenes erste Blatt früher auf der innern Seite des Einbands aufgeklebt gewesen und erst von ihm in der Hoffnung einen Aufschluß zu erhalten, mit großer Sorgfalt abgelöst worden. Hieraus scheint zur Genüge hervorzugehen, daß dasselbe nur ein altes Stück Pergament war,

welches ein Buchbinder vielleicht erst des 18ten Jahrh. als Umschlag für das Werk benutzte. Als Vaterland der Urkunde möchte übrigens das nördliche Deutschland anzusehen seyn, da außer Verden auch „Bremen" und „Lubicen", sowie der Name Harleghe vorkommt [1]). — Wurde bei dieser Untersuchung meine Erwartung, einen Aufschluß zu finden, getäuscht, so führt dagegen eine andere Forschung wenigstens zu einigem Resultate. Es ist nämlich schon oben bemerkt worden, daß am Ende des Werks die Worte: Peterman Cudrifin, eingeschrieben sind. Die Tinte derselben ist zwar etwas bleicher als die des unmittelbar Vorhergehenden; allein die Schriftzüge sind ganz von derselben Zeichnung und nur etwas größer, als die des ersten sorgfältiger geschriebenen Theils des Buchs, so daß ich denn sehr geneigt bin anzunehmen, daß die Worte bald nach Vollendung des Werks eingeschrieben worden und sogar von dem Schreiber dieses letzteren selbst herrühren. Da mir nun ein waadtländisches und mithin früher bernerisches Städtchen Cudrefin am Neuenburger See bekannt war, so lag die Vermuthung nahe, daß das Buch einem Bewohner dieses Städtchens, Namens Peterman gehört und später in die Hauptstadt gekommen. Ein Nachschlagen in Leu's eidgenöss. Lexikon führte aber auch noch zu einer andern Hypothese. Dasselbe sagt nämlich unter dem Worte Cudrifin, es habe in jener Stadt ein adliches Geschlecht gleiches Namens seinen Stammsitz gehabt, sey aber später ausgestorben, doch komme noch im J. 1445 ein Stadtschreiber Namens Jacob Cudrefin in Freiburg im Uechtlande vor, ob aber derselbe noch zu jener Familie gehöre, sey ungewiß. Da nun Petermann sich auch häufig als Vorname statt Peter findet, und da ohne Zweifel die Stadtschreiber- und Notarstellen im M. A. oft vom Vater auf den Sohn übergingen, so wird man versucht anzunehmen, daß das Werk in Freiburg verfaßt worden und daß Peter Cudrifin nicht blos der Eigenthümer, sondern auch der Uebersetzer desselben gewesen.

1) Eine verschiedene Ansicht über die Heimath der Handschrift äußerte der verstorbene Freiherr Friedr. v. Laßberg in seiner Ausgabe des Schwabenspiegels, deren Vollendung dem Unterzeichneten übertragen worden ist. R.

Es bleibt noch übrig, von der Art, wie der Uebersetzer seinen Stoff behandelt, einen Begriff zu geben. Wir verweisen in dieser Beziehung zunächst auf das von Prof. Rheinwald mitgetheilte Cap. 80. des zweiten Theils des Landrechts: **Cui lan doit prandre por det (Cod. Ambr. Art. 247.)**, setzen dann noch das erste Capitel des Landrechts hierher und zeigen endlich an einer Reihe von Capiteln, in wieweit dieselben von den in der neuen Ausgabe von Wackernagel, deren erste Bogen uns vorliegen, benutzten Texten abweichen. Freilich bleibt in dieser letzten Beziehung bei der großen Verschiedenheit der Handschriften des Schwabenspiegels noch häufig Zweifel, ob das, was jetzt als freie Umarbeitung erscheint, doch nichts weiter als Uebersetzung gerade des Exemplars, welches der Uebersetzer übertrug, gewesen.

Das erste Capitel des Landrechts hat die Ueberschrift: **Or comancerons deis franches genz**, und lautet: **Nos devons savoir quel il sunt trois manieres de franches genz quel droit il hunt. Une maniere i a que un apele hauz frans come princes qui hunt autres frans desoz say a homes. Li autres sunt homant aus princes et a granz barons. La tierce maniere ce sunt frans vilain qui habitent per les villages. De ceaus ha uns chescons son droit per soy, ausi com nos vos dirons cy apres.** In dem folgenden Capitel (**edit. Wackern. Cap. 3. 4.** [2])) steht statt „büttel" **un comandour — que un apele an aucons lues un sautier**; bei **borgraves** der Zusatz: **que sunt ausi com vidomno**; sodann statt **lipnare** u. s. w.: **marcheandises qui affierunt a vestir et norrir lo cor de lome.** Das gleich darauf folgende Wort „frevel" wird durch **frewelies** wiedergegeben und so später immer. Nach „von romischer pfahte" endlich findet sich der Zusatz: **ou de par lo roy de charloiz.** In Cap. 3. (**Cod. Amr. 5.**) steht statt „dienstmann" **li chastelein banneres et vavassour**, während dagegen später in der Regel das deutsche Wort **dienstman** beibehalten ist. In Cap. 4. (6.) manche unbedeutende Abweichungen; in Cap. 5. (7.) statt: Aber nement

2) Der von Wackernagel zum Grunde gelegte Text ist der des Amraser Codex.

sie niur eines mannesteil: mas il ne pregnent mie for que tant comme uns souz hons prendroit, cest a dire tant comme lour peres eust pris se il eust parti a son pere en sa pleine vie. In Cap. 6. (8.) wird „geschäfede" mit „testament" übersetzt und statt: „unter wip und kind die uzgestiuret sind" steht blos: a ses hoers. In Cap. 7. (8.) wird „erbeguot" mit „muebles" übersetzt und statt: „hat die siben geziugen verleit", steht: il soffit bien et li doit un paier. In Cap. 9. (9.) steht gleich im Anfang statt „jener" deutlicher: cil an la cui main il sunt plage; in Cap. 11. (10.) statt: „Hat aber sin erben" bis zu „daz si im gap": et sele ha hoers qui degent hiriter apres sa mort li mariz san puet bien aidier an sa vie sau que vandre. et se il hunt hoers antre aus a ceaus demuere ce que ele avoit aporte soit muebles ou hiritages. Cap. 14. (12. 13.) statt „ungetat" fol consoil, statt „versprechen" folemant parler. Cap. 15. (14.) statt „di ir pflegende sint", por ce que il ne sewent governer; statt „die der dinge vor gerichte überziuget sint", tuit cil. Cap. 16. (15.) statt „hat er weder kint" rc., was auf den Vater ginge, richtiger: et li fiz na fame ne anfanz; bei: „hat der sun ander guot" beigefügt: per sa poene; dagegen die überflüssigen Worte: „unde gilt im got geschäfte" und später „ein ieglich mensche ist erbe" ganz weggelassen. Cap. 17. (16.) gleich im Anfang statt „da mit hat er daz erbe", tot liritage que il devroit avoir de pere et de mere. Der Satz: „unde mit diesen drien dingen — an sein stat" fehlt. Ferner bei „so lenge danne der mensche" das überflüssige Einschiebsel: acrest sa vie an porter honour a son pere et a sol mere et an facent lo contraire lo decrest etc.; nach: „unde die bruoder noch ander pfaffen", ou aucons autre de ses amis; statt „umbe zitlich gelt": por det qui est a vie et ne mie per heritage for que de mobles. In Cap. 19. (18.) statt „die swabe": li awabons und so immer und statt „Swaebisch reht" rc.: li quez droiz ne se descorde for que diritage ou a dire iugemant. In Cap. 20. (19.) statt: „ann siner erben urlop", per la congie etc.; nach: „riches guot", for que an mobles. In Cap. 20. wird „Morgengabe" immer mit „estrine" übersetzt; in Cap. 21. (20.) statt „ze lipgedinge": tandis come

ele vit, statt „morgengabe" überhaupt ce que il ha done a se feme. Weiter unten fehlen die Worte „um ir morgengabe" und statt „der richter soll ir die morgengabe wider antwerten": li iuges li doit randre la querele per entier et les fruiz dou tantz passe. Endlich fehlen die Worte: wil si sin nit entberen — ze rechte tuon soll. — Von später vorkommenden Eigenthümlichkeiten, die uns beim flüchtigen Durchlesen aufgestoßen, zeichnen wir aus: in I. 44. (40.) findet sich die auch in deutschen MSS. vorkommende Unrichtigkeit: Les franches viles scipto et non scipto; in I. 89. (75.) steht statt „daz bescheide wir also" das Wort: Glose; in I. 123. (106.) larcevuesque de meance qui est chanceliers an germanie cest a dire an alamagnie; in I. 128. (109.) steht st. „Frankenfurt", „Frankenburc" und in I. 134. (114.) sind sehr viele Städtenamen falsch geschrieben, z. B. Welbergen st. Havelberg, Brein st. Bremen u. s. w. In I. 145. (124.) heißt es: et lo doit aiorner aus assises dou pais cest li lantag und ebenso im Lehnrecht Cap. 17. per les assises dou pays que nos appellons lanttag. Im zweiten Theil des Landrechts endlich Cap. 84. (251.) steht st. „dienstlute" cex qui ne sunt fraus et sunt an servitu a la merci dou seigniour come sunt home lyge et home talliable.

Das Pfändungsrecht.

Von

Wilda.

Vorwort.

Mit besonderer Freude übergebe ich den Freunden des deutschen Rechts die nachfolgende Abhandlung, nicht etwa, weil ich ihr selbst einen besondern Werth beilege (sie ist in den Stunden entstanden, die ich einer größern Arbeit, die mich seit mehreren Jahren beschäftigt, abgemüßigt habe), sondern weil sie den Anfang macht, ein längeres literärisches Schweigen zu brechen; ein Schweigen, welches bis zu dem bestimmt erreichten Ziel, unter Verhältnissen, die geeigneter waren ein besseres Streben zu erdrücken, als es zu fördern, unter Erfahrungen, — welche hier besser unbeleuchtet bleiben — im Dienste der Wissenschaft zu bewahren, diese mir den Muth und die Ausdauer gegeben hat. Mit Freuden übergebe ich sie denselben aber vorzüglich auch um deshalb, weil damit die eigene thätige Theilnahme an einem Unternehmen beginnt, welches nun nach manchen Bemühungen, wie wir hoffen dürfen, fest begründet steht, und wenn die freudig begrüßenden Ermuthigungen, die so bereitwillig entgegenkommenden Zusicherungen der Theilnahme, sich in einem entsprechenden Maße bewähren, zum Nutzen unserer deutschen Rechtswissenschaft heranblühen wird. — Unser deutsches Recht, welches sich mußte gefallen lassen von der stolzen römischen Trireme, als ein bescheidender Nachen, dessen man in Fällen der Noth doch nicht völlig entrathen konnte, nachgezogen zu werden, ist nun zu einem Baue herangewachsen, der es jetzt schon verschmäht, seine Habe

mit fremder Flagge zu decken. Nicht kann es dem, der dem Fortschreiten unserer juristischen Literatur mit Aufmerksamkeit folgt, entgehen, wie die Institute des deutschen Rechts, die bis auf die neueste Zeit herab in eine römische Form sich mußten zwingen lassen, in eigenthümlicherem Wesen und Gestalt hervortreten, wie der Zusammenhang und Geist der deutschen Rechtssysteme der Anschauung näher gebracht wird, wie man sich des wahren Verhältnisses des römischen Rechtes zum deutschen und zur gegenwärtigen Lebensgestaltung, des Zieles, welches unserem Streben vorgesetzt sein muß, klarer bewußt wird. Mit meinem werthen Mitherausgeber theile auch ich die Ansicht, die in neuester Zeit noch manches Organ gefunden hat, daß uns eine Zeit kommen wird und muß, wo das römische Recht, welches nicht nur einem Theil seines Inhaltes nach, sondern auch als eine concrete Masse inmitten unseres Rechtslebens hineingepflanzt ist, in dieser seiner äußern Form und Geltung wird überwunden, und zu einem Elemente, welches die Gegenwart mitgestaltet hat, herabgesetzt oder vielmehr wird erhoben worden sein. Das gründlichere Studium des germanischen Rechtes, es hat nicht allein für dieses bereits seine Früchte gezeitigt, es hat auch schon dazu beigetragen, den Standpunkt der Betrachtung der Rechtswissenschaft in ihrem ganzen Umfang zu erhöhen und einen freiern Blick über dieselbe zu gewähren. Nicht den directen Oppositionen allein, auch den stillwirkenden jenes Studiums, glaube ich, muß es zugeschrieben werden, daß wir bewährt worden sind vor der Einseitigkeit, die sich festzusetzen drohte mit der neu begründeten geschichtlichen Behandlung der Jurisprudenz, welche diese selbst zu neuem Leben erweckt hat. Die Beschäftigung mit dem deutschen Rechte mußte brechen die übermäßige Vorliebe, mit welcher man sich dem römischen, das Maaß der menschlichen Würdigung dafür verlierend, zugewendet hatte; sie mußte, zurückführend von der Versenkung in abgeschiedene Zustände, die Blicke auf das Verhältniß dieses Rechtes zur Nachwelt und zur Gegenwart hinrichten. Das germanische Recht an sich fordert eine andere Weise geschichtlicher Behandlung; aus einem umfassenden, im Einzelnen dürftigen, in seinem Zusammenhang überreichen Material hat der Germanist durch eine umsichtige, aber freiere Beherrschung desselben, wir möchten fast sagen, durch

eine productive Geistesthätigkeit, seine Rechtsgestalten zu formen; die ausgezeichnetste Gabe scharfsinniger Deutung wird ihn immer nur hülflos lassen. Wie weit der Germanist in seinen geschichtlichen Rechtsforschungen auch in die Vergangenheit herabsteigen mag, er hat es fast immer mit Ideen und Rechtsinstitutionen zu thun, die mehr oder weniger in der Gegenwart (wenn man nur nicht oft aus Unkunde oder geflissentlich die Fäden zerrisse) ihre Ausgangspunkte haben, die, wenn auch verändert, fortleben in einem noch beseelten und schaffenden Volksdasein. Und es sieht der, welcher in der Mitte dieses Daseins gestellt, es selbst zu ergründen und zu begreifen sucht, sich angewiesen, stets seine Blicke von dem Gewordenen auf das Werdende zu richten. Oder sollte etwa die Geschichte des Städtewesens nicht in den Mittelpunkt auch der politischen Bewegung der Gegenwart versetzen? Sollte die Lehre von den Bauergütern in ihren Anfängen und Fortgang, nicht auf die wesentlichsten Fragen über die Grundlagen des staatlichen Gemeinlebens hinleiten? Wahrlich, wer bei Anweisung auf solchen Stoff nur todte Rechtsätze zu formuliren vermag, um allenfalls das Exempel eines casus in terminis auszurechnen, wessen Geist — und wir dürfen gerade in Bezug auf deutsches Recht, mit Fug sagen — wessen Herz dabei kalt und regungslos bleibt, wer durch einen so großartigen Stoff sich nicht selbst erhoben fühlt, — der an ihn sich nicht empor zu ringen vermag, dem scheint die Natur das Meisterwort nicht gegeben zu haben, welches die Pforten einer Wissenschaft eröffnet. Indem durch die reifere Erkenntniß des germanischen Rechtes neben dem römischen, die Rechte zweier Völker — vorzugsweise bestimmt, die geistige Fortentwicklung zu tragen und fördern, — neben einander gestellt waren, war dadurch von selbst die Nöthigung herbeigeführt, sie in ihrer Verschiedenheit und wieder in ihrem Zusammenhang zu erfassen, und dadurch die Hinweisung gegeben auf jene höhere Einheit, welche in den verschiedenen Rechten der Völker sich offenbart. Die Wissenschaft des germanischen Rechtes, welches mehr wie jedes andere eine geschichtliche Behandlung fordert, hat auch ihres Theiles dazu beigetragen, die Rechtsphilosophie, zu rehabilitiren. Seit auch die Philosophie dem Anspruch entsagt hat, das Recht a priori zu construiren, seitdem sie nicht mehr ideale Zu-

stände schafft, sondern zu dem Leben und der Wirklichkeit, an welche sich der Jurist gewiesen sieht, zurückgekehrt ist, sehen wir, wenn die eigene Beobachtung nicht trügen sollte, die frühere trennende Kluft mehr sich füllen und ebenen. Zwar ist noch vielfach von einer historischen und philosophischen Schule die Rede, nicht etwa nur als von zwei verschiedenen Richtungen, von denen zum Nachtheil der Wissenschaft die eine oder andere ein verderbliches Uebergewicht erhalten könnte, sondern als von einem die jetzige Jurisprudenz beherrschenden, in seiner ganzen Schärfe bestehenden Gegensatz; von einer Parteiung, welche die Trias von Pietisten und Rationalisten, Absoluten und Liberalen vollmachen könnte; am meisten ist es aber bei solchen Laien der Fall, welche über alle Richtungen der Zeit, sie würdigend und von ihrer Höhe ermessend, über alles Wissen im Himmel und auf Erden mitzureden sich berufen fühlen, und denen durch solche allgemeine Kategorien, eine treffliche Gelegenheit geboten ist, für das was sie nicht wissen, sich doch etwas zu denken, oder wohl nach ganz äußeren Merkmalen, die sie bei dem Einen oder dem Andern gewahren, wenn es Noth thut die Böcke von den Schafen zu sondern. Es liegt außer dem Kreise dieses hier weiter auszuführen; es werden diese wenigen Bemerkungen aber eine Andeutung meiner Ansicht gegeben und dazu gedient haben, darzuthun was hier vorzüglich bezweckt war, daß unter den Redactoren dieser Zeitschrift eine Uebereinstimmung mindestens in den Hauptpunkten herrscht, so daß nicht nur, was über den Zweck der Zeitschrift bemerkt worden, als aus beiderseitigem Sinne geschrieben angesehen werden kann, sondern ich auch nicht entstehe, einen großen Theil der Bemerkungen über das Dasein und das Wesen des deutschen Rechtes in diesem Sinne mir anzueignen. Eine solche Uebereinstimmung war bei der Begründung unseres Unternehmens so wünschenswerth, als sie bei dessen Leitung von Folgen werden kann, wiewohl es keinesweges Absicht der Redactoren ist nur einer bestimmten Ansicht, sei es über das Wesen des deutschen Rechts überhaupt oder über einzelne Gegenstände desselben ein Organ zu schaffen wollen. Die Zeitschrift ist zur freien Rede und Gegenrede bestimmt, und gerade wenn in und durch dieselbe die wesentlichsten Fragen und Gegenstände unserer Wissenschaft von verschiedenen Seiten her beleuchtet, und ihrer

richtigen Auffassung, ihrer Lösung näher gebracht werden sollten, werden die Begründer diejenige Genugthuung und Belohnung finden, wonach sie trachten. Es liegt in der Natur der Sache, daß ein solches Unternehmen gerade im Anfang manche Schwierigkeiten zu überwinden hat, erst allmählig eine festere Gestaltung gewinnen kann und bis dahin insbesondere das thätige Wohlwollen und die vertrauende Nachsicht in Anspruch nehmen muß.

Eine solche Nachsicht möchte ich aber noch besonders auch für mich, in Bezug auf meine erste thätige Mitwirkung bei dieser Zeitschrift erbitten. Wenn ich in einer, nun wohl nicht mehr fern liegenden Zukunft meine Muße derselben mehr ausschließlich werde widmen können, so wird mein Streben dahin gerichtet sein, einen gewissen innern Zusammenhang nicht nur in den Sinn und die Weise der Behandlung meiner Beiträge, sondern auch in der Wahl des Stoffes derselben zu bringen, ohne darum das was durch die Gelegenheit sich darbietet auszuschließen. Bei der Wahl zu diesem nun vorliegenden bin ich allerdings, mit und zunächst durch einem gewissen Zufall geleitet worden, indem die Studien für das germanische Strafrecht mir einen Theil des hier verarbeiteten Materials zugeführt haben. Doch glaube ich, daß der Zufall, so weit ihm hier ein Antheil gebührt, nicht ganz unglücklich gewaltet hat. Wiewohl keine Rechtsinstitution für sich allein besteht, sondern jede in verschiedene Theile des Rechtssystems übergreift, so kommt doch dem Pfändungsrecht eine gewisse größere Abgeschlossenheit zu, die es für eine solche besondere Behandlung geeignet macht. Wiewohl es in das älteste germanische Rechtsleben zurückführt und nur aus diesem gehörig erfaßt werden kann, gehört es nicht minder zugleich der Gegenwart an; und wenn auch in der Umgebung einer etwas umfangsreichen historischen Zurüstung, werden sich für die, welche ihrer zunächst bedürfen, unmittelbar für die Rechtsanwendung brauchbare Sätze und Ergebnisse nicht vermissen lassen. Es wird insbesondere bei dem Theile des Pfändungsrechts, welcher noch heutigen Tages seine gemeinrechtliche Gültigkeit behauptet hat, sich hervorstellen, wie das römische Recht auch auf solche Insti-

tute, von denen man annimmt, daß sie ihren germanischen Charakter am meisten rein bewahrt haben, eingewirkt hat, und wie es zur rechtshistorischen Behandlung nicht genügt, etwa nur den Sinn und Bedeutung eines Institutes aus den älteren Quellen zu ergründen, sondern die Einwirkung der Zeitansichten, die sich im Rechts- und Staatsleben ausgeprägt haben, die Auffassung der Juristen, die den überlieferten Rechtsstoff handhabten und ihn selbst für die Gesetzgebung zugerichtet haben, nicht aus den Augen gelassen werden dürfen. Bei dieser ausgesprochenen Ueberzeugung wird man es auch nicht etwa einer Vorliebe für das Antiquarische zuschreiben, wenn ich (und bei andern Gegenständen hoffe ich soll es noch erfolgreicher geschehen), zu der Erläuterung und Begründung germanischer Rechtsansichten auch die altnordischen Rechtsquellen herbeigezogen habe. Vorläufig muß die Art und Weise der Benutzung dieses rechtfertigen. Ueber ihre Stellung zum deutschen Recht sollen gelegentlich einige Bemerkungen mitgetheilt werden.

A. Bisherige Auffassung und Behandlung des Pfändungsrechtes.

Schon die verschiedene Stellung, welche in der systematischen Darstellung des deutschen Rechtes der Pfändung gegeben wird, dürfte eine erneute wissenschaftliche Behandlung dieser Lehre rechtfertigen, da sich schon hierbei die Verschiedenheit der Ansicht, selbst über den Hauptgesichtspunkt, aus welchem das Institut zu betrachten ist, kund giebt. — Es lassen sich aber im Allgemeinen drei verschiedene Stellungen, die man der Pfändung angewiesen hat, unterscheiden.

1. Eichhorn handelt von der Pfändung in der Lehre von den Verträgen [1]). Das Recht auf eine Sache, um sich daraus für eine Forderung bezahlt zu machen, lehrt er, konnte nach deutschem Recht entstehen durch Vertrag (Pfandcontract) oder durch eigenmächtige Besitznahme (Pfändung). Er ist hier wohl Runden [2]) gefolgt, der indeß den Uebergang vom Pfandcontract

1) Eichhorn Einleitung in d. deut. Privatrecht. §. 123.

2) Runde Grundſ. d. deut. Pr. Rchts. §. 222 a. b. (8. Aufl. 1829.)

zur Pfändung dadurch noch einigermaßen vermittelt, daß er sagt, im M. A. konnte ein Pfändungsrecht (vermöge der Pfandclausel) auch durch Vertrag entstehen, dieses ist jetzt unerlaubt, aber es giebt ein erlaubtes Pfändungsrecht, das nicht auf Vertrag beruht. Beide handeln also unter der Rubrik von den Verträgen von einem Recht, zu dessen Entstehung es eines Vertrages gar nicht bedarf. Bei Runde geschieht dieses in Beziehung auf einen Theil, des noch erlaubten Pfändungsrechts, bei Eichhorn in Beziehung auf die ganze Lehre, da er der Pfändungsclausel nicht die Kraft eines Vertrages giebt und also die Pfändung gar nicht als auf Vertrag beruhend ansieht. Eichhorn geht also lediglich von dem Gesichtspunkt aus, daß durch die Pfändung ein Pfand entsteht, wie durch den Pfandcontract. Es ist beim Institut der Pfändung aber gar nicht das Charakteristische, daß dadurch ein Pfand entsteht, sondern die Art und Weise wie es entsteht. Wir werden aber nicht nur sehen, daß gar manche Verschiedenheit zwischen den Rechten obwaltet, welche aus einem genommenen oder einem gesetzten Pfande entstehen, sondern daß bei ersterm oft (z. B. bei der Pfändung um die Verjährung zu unterbrechen) fast lediglich nur das Ergreifen der Sache, und fast gar nicht das Behalten und das Befriedigen aus derselben, in Betracht kommt.

2. Bei vielen Rechtslehrern finden wir die Pfändung bei den dinglichen Rechten; sie wird in Verbindung mit dem Besitz abgehandelt. Doch läßt sich hier ein zweifacher Standpunkt unterscheiden. a) Der eine kann als der der älteren, besonders der sächsischen Juristen, bezeichnet werden, welche in der deutschen Pfändung vorzugsweise ein geeignetes Mittel fanden, die römische Verjährung zu unterbrechen, den Besitz zu schützen [3]). Die Pfändung wegen eines zugefügten Schadens wird dann (wir werden unten sehen, wie diese Ansicht entstanden ist) auch unter den Gesichtspunkt einer Besitzstörung gebracht; die Pfändung wegen Schuld übergeht man aber wohl als ein veraltetes Institut, als wenn durch die Veraltung auch der innere Zusammenhang, der früher statt gefunden haben muß oder kann, aufge-

3) So z. B. Haubold Sächsisches Privatrecht §. 123.

hört hätte, und bei der Auffassung des Instituts nicht in Betracht komme. b) Von einer andern Ansicht gehen neuere Germanisten aus, indem sie die Pfändung mit der Gewere verbinden. Albrecht hat derselben diese Stellung angewiesen. In der Gewere an Immobilien hat er gelehrt, ist zugleich die an aller fahrenden Habe enthalten, die sich im Umkreis des Grundstückes befindet [4]), woraus dann folgte, daß der Inhaber von Haus und Hof nicht des richterlichen Beistandes bedurfte, um sich einer Sache, die im Besitz eines Andern, aber innerhalb der Gewere war, zu bemächtigen; und hieraus soll sich dann das eigenmächtige Pfändungsrecht des Besitzers von Grundstücken wegen Beeinträchtigung des Besitzes durch einen Andern, so wie andererseits die Unrechtmäßigkeit jedes Widerstandes ergeben [5]). Das Pfändungsrecht des Miethers wegen schuldiger Miethe [6]), des Gutsherrn und Rentekäufers wegen versessener Zinsen wird dann ebenfalls aus der Gewere erklärt [7]). Es bot sich dem gen. Verf. keine Veranlassung und Gelegenheit sich darüber auszusprechen, ob er die Pfändung wegen anderer kundiger Schuld auch im ältern deutschen Recht für begründet halte, und in welchem Verhältniß sie zu jener durch eine Gewere begründeter Pfändung stehe. Diese Albrecht'sche Ansicht von der Pfändung hat sich Mittermaier zu eigen gemacht. „Als Ueberbleibsel — sagt er — einer altdeutsch rechtlichen Ansicht, nach welcher der Besitzer von Grundstücken, deren Gewere widerrechtlich verletzt wurde, die in seine Gewere wider seinen Willen gekommene bewegliche Sache pfänden konnte, kommt vermöge allgemeiner Gewohnheit noch jetzt das Pfändungsrecht vor, als die Befugniß eines Eigenthümers bei widerrechtlichen Beschädigungen auf Grundstücken und Besitzstörungen die schädliche Sache oder überhaupt eine dem Beschädiger gehörige bewegliche Sache in der Absicht wegzunehmen, sich den Ersatz des Schadens dadurch zu sichern, oder die Nachtheile künftiger Besitzstörung abzuwen-

---

4) Albrecht von der Gewere S. 19.

5) Albrecht a. a. O. S. 21.

6) Albrecht a. a. O. S. 74. S. 170.

7) Albrecht a. a. O. S. 75 not. 152 c. S. 159. S. 170

den [8])." Die Pfändung wird hier als ein aus dem Grundbesitz hervorgehendes, zu dessen Bewehrung dienendes Institut dargestellt; die Pfändung als Recht des Gutsherrn wird, ohne Hindeutung auf eine Verbindung damit, an anderm Orte erwähnt [9]), und die wegen kundiger Schuld bleibt ganz unberührt.

Anders faßt Phillips, der auf einem ähnlichen Standpunkt steht, die Sache, indem er sie nach seiner Weise erweitert und verallgemeinert. Die Pfändung wird als ein aus der Gewere entspringendes Schutzmittel dargestellt [10]), indem jedem Inhaber einer Gewere an Grundstücken die Befugniß zugestanden haben soll, Personen und Sachen unter bestimmten Voraussetzungen zu ergreifen (fangen — fahen — pfahen, daher Pfandrecht) ohne dadurch einen Friedensbruch zu begehen. Er zählt dann die Fälle auf, in welchen dieses nach seiner Ansicht statt gefunden haben soll und die, so weit sie hier für uns in Betracht kommen, folgende sind: Der Inhaber der Gewere kann jede Person (?), welche unbefugter Weise sein Grundstück betritt, ergreifen und festhalten, insbesondere dann, wenn diese irgend einen Schaden, z. B. an Wiesen oder Felder, anzurichten droht. — Ein Gleiches kann er thun mit fremdem Vieh, welches auf sein Grundstück kommt. — Wenn Jemand innerhalb der Gewere eines Andern wohnt und diesem etwas schuldet, so dienen alle seine Sachen und selbst seine Person dem Inhaber der Gewere zur Sicherheit, der daher im Nothfall die Person und die Habe seines Schuldners festhalten kann. — „Ein ähnliches Verhältniß — setzt der Verf. hinzu — kann in Folge eines Vertrages dadurch entstehen, daß der Inhaber eines Grundstückes einem Andern ein Darlehn giebt, und dieser sich mit seiner Habe, im Nothfall auch mit seiner Person, zur zeitgemäßen Rückzahlung verhaftet." — „Es lassen sich, schließt er dann, zwei Haupt-

8) Mittermaier Grundsätze d. deutsch. Privatrechts. (5te Aufl.) §. 157.

9) Mittermaier a. a. O. §. 181.

10) Phillips Grundſ. d. gem. deutsch. Privatrechts. 2te Aufl. Bd. I. S. 403 ff.

fälle der Pfändung (fremder Sachen, wofür die Ausdrücke Pfand, Pfändung vorzugsweise gebraucht wurden) unterscheiden, erstens wegen Störung des Besitzes und zweitens wegen Schuld, welche letztere insonderheit dann vorkam, wenn die Schuld durchaus liquide war.“ Indem wir das Uebrige, zu dessen Erörterung sich erst spätere bessere Gelegenheit bieten wird, hier noch auf sich beruhen lassen, kann nicht unterlassen werden, darauf aufmerksam zu machen, wie der Verf. sich in Verlegenheit zu befinden scheint, die Pfändung wegen Schuld überhaupt als ein aus der Gewere entspringendes Institut zu rechtfertigen und dieses wie es scheint dadurch erreichen zu wollen (was freilich mehr angedeutet als ausgesprochen ist), daß der Darleiher als Inhaber eines Grundstückes dargestellt wird, in dessen Gewere der Schuldner durch den Vertrag gleichsam ein fingirtes Domicil nimmt, um dem Darleiher so ein Fangrecht in Bezug auf seine Person und Güter zu verschaffen. Wie aber, wenn der Darleiher nicht Inhaber eines Grundstückes gewesen?

3. Eine dritte Classe von Rechtslehrern faßt das Pfändungsrecht aus dem Gesichtspunkt einer erlaubten Selbsthülfe (ohne eine nothwendig nähere Beziehung zur Gewere) auf, und stellt dasselbe daher zu den (außergerichtlichen) Mitteln zur Geltungmachung der Rechte, so daß es gewissermaßen dem römischen Retentionsrecht (in so fern man dieses noch als Selbsthülfe gelten lassen will [11])) zur Seite tritt. Hier ist vorzüglich in neuerer Zeit vorangegangen Maurenbrecher [12]). „Das Pfändungsrecht — sagt er — ist dasjenige Recht, vermöge dessen man bewegliche Sachen eines Andern eigenmächtig wegnehmen und bis zur Befriedigung seines Anspruches zurückhalten kann. Die Fälle desselben sind durch Gesetz und Gewohnheit bestimmt. Nach heutigem gemeinen Recht findet es nur statt 1) bei widerrechtlichen Beschädigungen und Störungen des Besitzes, 2) in gesetzlich bestimmten Fällen a) beim Gutsherrn gegen den säumigen Zinsmann, b) bei den Zünften gegen Pfuscher. Das alte deutsche Recht gestattete außerdem jedem Gläubiger, seinen

11) Schenk Retentionsrecht S. 65.

12) Maurenbrecher Lehrb. d. heut. gem. deutsch. Rechts. §. 175.

säumigen Schuldner zu pfänden." — Maurenbrechern ist dann zunächst Reyscher gefolgt [13]), und wiewohl er eine Entwickelung der dem Pfandrechte zum Grunde liegenden Idee nicht giebt, scheint er sich doch am meisten der richtigen Auffassung der Sache genähert zu haben, indem er bei der ganzen Lehre den Satz voranstellt, „daß das deutsche Recht jedem Gläubiger gestattete, sich durch eigenmächtige Ergreifung von beweglichen Sachen des säumigen Schuldners für liquide, redliche Schuld bezahlt zu machen," — und „das noch jetzt ausnahmsweise gestattete Pfändungsrecht zum Schutz des Besitzes gegen widerrechtliche Beschädigung," gleichsam als secundär, jenem nachfolgen läßt und unterordnet.

Aus dieser Uebersicht, bei der es nicht darauf ankommen konnte, etwa die Ansicht aller einzelnen Rechtslehrer anzugeben, wird die Lage der Lehre sich im Allgemeinen hervorgestellt haben. Zugleich aber wird es sich dadurch gezeigt haben, daß hier nicht ausschließlich, von dem heutigen Tages gemeinrechtlichen Pfändungsinstitut wegen zugefügten Schadens und wegen Besitzstörung, welches allerdings den Hauptgegenstand unserer Abhandlung ausmachen soll, wird die Rede sein können, sondern daß wir auch das veraltete Recht wegen kundiger Schuld und das nur noch particularrechtliche der Gutsherren, wegen ihrer Zinsen zu pfänden, werden erläutern müssen. Denn es muß sich hervorstellen, ob wir es hier mit Rechten, die in einer innern Verbindung stehen, zu thun haben, oder nicht. Es muß sich hervorstellen, auf welchem rechtlichen Fundamente sie beruhen, denn davon hängt die Auffassung des heutigen Pfändungsrechtes und die Entscheidung mancher streitigen Sätze ab. Ich habe selbst geglaubt, und man wird leicht beurtheilen können ob mit Recht, von dem alten gerichtlichen Pfändungsrecht ausgehen zu müssen, um das außergerichtliche in seiner wahren Bedeutung erscheinen zu lassen. Durch dieses Alles mußte die Abhandlung freilich einen etwas weitern Umfang erhalten und es mußte Manches hineingezogen werden, was nicht dem geltenden Recht unmittelbar angehört. Aber die zunächst auf das Pfändungsrecht sich beziehen-

13) Reyscher's Wirtemb. Privatrecht. Bd. I. S. 152.

den und dadurch hervorgerufenen geschichtlichen Erörterungen dürften auch für den Zusammenhang des deutschen Rechtes überhaupt nicht ohne Bedeutung sein.

Was die Literatur des Pfändungsrechtes betrifft, so wird dasselbe natürlich in allen Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, in vielen Lehr- und Handbüchern der Particularrechte, und dann auch in allen Werken über das Landwirthschaftsrecht mit größerer oder geringerer Selbstständigkeit und Ausführlichkeit behandelt. In eine Aufzählung, Beurtheilung einzugehen, würde hier von keinem entsprechenden Nutzen sein. Ein paar Bemerkungen genügen. Unter den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts ist in Beziehung auf unsern Gegenstand das von Phillips in seiner neuen Ausgabe hervorzuheben; er hat die Pfändung mit einer verhältnißmäßig großen Ausführlichkeit und wie es scheint mit einer gewissen Vorliebe behandelt. In den Handbüchern über Particularrechte ist des Pfändungsrechtes zuweilen mit keiner Silbe erwähnt, wie z. B. in Thomas Fuldaischem Privatrecht; oft wird es nur ganz kurz berührt, wie in von Kampts Mecklenburgischem Civilrecht. — Hagemann in seinem Landwirthschaftsrecht (§. 317 — 324.) giebt größtentheils die Sätze des Preußischen Landrechtes, fast wörtlich als gemeines Recht; mit welchem Grund, werden wir noch weiter unten sehen. Hagemann ist aber bei allen Späteren eine Autorität, auf die man sich vielfach beruft. — Es giebt aber auch über das Pfändungsrecht eine Zahl eigener, besonders älterer Abhandlungen. Meistentheils beschäftigen sie sich nur mit einzelnen Arten desselben, besonders den Pfändungen wegen Schadens und Besitzstörungen, wenn sie auch die anderen mehr oder minder berühren; es wird der Standpunkt derselben erst klar werden, wenn wir unten, besonders im letzten Theil der Abhandlung, werden auseinandergesetzt haben, aus welchem Standpunkt die Juristen seit Einführung des Römischen Rechtes das Pfändungsrecht betrachtet haben. Durchgängig lassen sie die quellenmäßige Begründung vermissen; höchstens legen sie ihrer Erörterung einige Stellen des Sachsenspiegels, ein oder ein paar particularrechtliche Verordnungen zu Grunde. Es gehörten hierher besonders S. Stryck Diss. de jure pignorandi. Franc. 1677. 4. — Deutsch: Tractat vom Pfändungsrecht. 1698. 4. — nach dem

damaligen Stand der Wissenschaft die genügendste und umfassendste von allen Abhandlungen. — Zu meiner Ueberraschung habe ich in Harprecht's oft angeführter Abhandlung vom Pfändungsrecht. Zelle 1718. 4. (auch als Anhang zu seinem Rechte der Fuhrleute) fast nur eine wörtliche Wiederholung der Stryckschen Dissertation mit einigen kleinen Zusätzen und einem Anhang gefunden. Nächst Stryck dürften die beiden Leyserschen Meditationen Nr. 101. und 595. zu nennen sein, worin viele Hauptsätze des Pfändungsrechtes zur Sprache kommen. Hierher gehören ferner noch: Feldmann jus georgicum de inclusione animalium. Lips. 1678. und Thomas de noxia animalium. Fr. a. M. 1690. — C. F. Hommel de pignoratione et custodia animalium pauperiem facientium. Lps. 1774. (im Auszuge in dessen Rhapsod. Quaest. for. Obs. 584.) berücksichtigt schon die in den Volksrechten vorkommenden Bestimmungen. — G. H. Bauer de pignoratione privata. Lps. 1810. 4. [14]) erläutert vorzugsweise und ausführlich das Sächsische Recht. — Hoynk de Papendrecht de inclusione animalium. Lugd. 1817. ist mir aus der Anführung bei Mittermaier bekannt. — Die Abhandlungen von Gail, Kopp, Heimburg, die jetzt fast nur ein geschichtliches Interesse haben, sollen unten angeführt werden.

B. Die gerichtliche Pfändung im ältern germanischen Recht.

Die älteste Rechtsverfassung der Germanen wurde durch zwei Zwangsmittel getragen: Friedloslegung und Pfändung. Man könnte in gewisser Weise die Friedloslegung eine Execution gegen die Person, die Pfändung eine Execution in die Güter nennen. Doch ist dieser Gegensatz nur so zu verstehen, daß die Pfändung nur eine Entziehung von Gütern war, ohne dem Gepfändeten etwas von seinen Rechten zu nehmen, ohne seine Persönlichkeit (Mannheiligkeit) zu verletzen, wäh-

14) Wenn Mittermaier §. 152. zwei Dissertationen von demselben Verf. über denselben Gegenstand beide vom J. 1810 anführt, so beruht dieses wohl auf einem Irrthum.

und die Friedlosigkeit diese aufhob, daher auch sein Vermögen davon nicht unberührt blieb. Der aus dem Frieden Gekündigte wurde, wenn er sich nicht durch Flucht entzog, getödtet, sein Vermögen wurde eingezogen, bei einigen Stämmen selbst sein Haus von der Gemeinde niedergebrannt, gleichsam um seine Spur zu vernichten [15]). Lebensstrafe war eine Friedloslegung, wobei das Urtheil, ohne daß dem aus dem Frieden Genommenen Zeit zur Flucht gelassen, oder ein Recht sich auszuziehen gegeben wurde, gleich vollzogen ward. Die Friedlosigkeit, welche die Grundlage des germanischen Strafrechts ausmacht, wurde in mannichfacher Weise modificirt; aus ihr sind alle übrigen Strafen hervorgegangen; außer der Lebensstrafe, von der schon die Rede war, Exil, Einziehung des Gutes u. s. w. Es soll dieses Alles in dem Strafrecht der Germanen entwickelt und insbesondere dargethan werden, daß der Friedloslegung, die in unseren Volksrechten sehr verdunkelt ist, eine andere Stellung gebührt, als ihr bisher angewiesen worden. Indem ich daher vorläufig die Nachsicht für solche Sätze in Anspruch nehmen muß, die hier als bloße Behauptungen gegeben werden, will ich darauf verweisen, daß im Sachsenspiegel peinliche Strafe und Pfändung eben so einander entgegengestellt sind, wie es hier mit der Friedloslegung und Pfändung geschehen ist. Daß aber in dem in Betracht kommenden Artikel von außergerichtlicher Pfändung die Rede ist, giebt demselben für den eigentlichen Gegenstand unserer Abhandlung noch ein höheres Interesse [16]). Man versteht unter Pfändung aber die Wegnahme und zwar zunächst fahrender Habe, um zur Erfüllung einer Rechtspflicht zu zwingen. In wie fern auch liegende Güter gepfändet werden konnten, kann hier unerörtert bleiben; die Volksrechte schweigen noch

15) Grimm's RA. S. 732 ff.

16) S. Sp. III. 20. §. 2. He mut ok wol panden up sime lande den die't eret, ane des richteres orlof, durch dat he rechtes mede bekame. — §. 3. Mit erer ne ne mach nieman sin lif verwerken noch sin gesunt, it ne si dat ime lant vor gericht verdelt is, unde vrede darover gewarcht is. Die Glosse zu II. 27. sagt ähnlich: ein jeder mag einen um allen schaden pfenden, der ihm auf seinem felde geschicht, darum er nicht peinlich klagen mag.

darüber gänzlich. Die Pfändung konnte namentlich eintreten: a) wenn jemand nicht vor Gericht erschien [17]), in so fern ein solcher Ungehorsam nicht etwa schon Friedlosigkeit herbeiführte [18]), was theils durch die höhere Autorität des Gerichts, theils durch die Sache, um welche es sich handelte, bedingt wurde; b) wegen Nichtzahlung von verwirkten Bußen und Brüchen; c) wegen reiner Civilschuld, sei es, daß sie aus einer Schadensforderung, einem Darlehn u. s. w. herrührte.

Eine solche Pfändung wurde als ein gesetzlicher Raub (strudis legitima) gedacht [19]). Die alte Rechtssprache hat für einen solchen auch den bezeichnenden Ausdruck: **Nâma**. Es ist derselbe besonders den nordischen Rechtsquellen und den angelsächsischen geläufig (daher das spätere namiare), aber er kommt auch in deutschen Rechtsquellen des Mittelalters vor [20]). **Nahme** ist das unfreiwillige, geraubte, **Wedde** (wetti) das freiwillige, gesetzte Pfand [21]). Unser deutsches **Pfand**, das in anderen germanischen Rechtsquellen nicht vorkommt (wiewohl es der nordischen Sprache sonst nicht fremd ist), bezeichnet beide Arten.

---

17) In der Lex Bajuv. XII. 2. heißt es: Si forte est aliquis tam durus vel inobediens aut contumax, rebellis justitiae, qui non vult recte respondere, non vult justitiam facere, ille est contemtor legis talis distinguatur a judice. Die letzteren Worte sind wohl nur von einer Pfändung zu verstehen, da vorhergeht: Pignorare nemini liceat nisi per jussionem judicis. — Hamb. Statuten v. 1270. IX. 14. „unde syt he dar en boven, dat schall he beteren mit 4 sch. unde so schall eme de Voghet unde de Rad panden ut sinen weren.“ Andere Stellen noch bei Albrecht v. d. Gewere S. 130. N. 290 q.

18) So z. B. lex Sal. em. LIX. — „et ille qui admallatus ad nullum placitum venire, nec per legem se educere voluerit, tunc Rex ad quem mannitus est extra sermonem eum esse dijudicet.

19) L. Ripuar. XXXII. 3. — judex fiscalis ad domum illius accedere debet et legitimam strudem exinde auferre. — *Strudan*: rapere, tollere, s. Grimm's RA. S. 866.

20) R. Absch. v. 1442. §. 3. Und ist dan daß yeman kempt der dieselben Nome vnd Pfande ußnehmen wulle. — Weisthum b. Bodmann Rheingau. Alterth. II. S. 529. — vnd siehet man die Naube oder die Name vorhin wyben u. s. w.

21) S. Grimm's RA. S. 618. 635.

Phillips bringt das Wort mit fahen, anfahen: fangen, ergreifen, in Verbindung 22); für das gesetzte Pfand würde diese Ableitung, wenn sie auch sonst keinen Zweifel ließe, nicht passen. Graff 23) deutet auf einen Zusammenhang zwischen Pfand und Pfening hin, doch so, daß letzteres das Abgeleitete wäre. Ich vermuthe, daß das Wort nicht sowohl den Act als das Object der Pfandnahme und Pfandsetzung bezeichnet, etwa Gut, Werthgegenstand, vielleicht bewegliches Gut, denn sonst hätte es nicht für beide Arten gebraucht werden können.

Eine Pfändung erforderte schon in der ältern Zeit nach manchen Volksrechten, von welchen hier das fränkische, weil es darüber ausführliche Nachrichten enthält, vorzüglich in Betracht gezogen werden soll, 1) daß die Pfändung gerichtlich gestattet war, und 2) daß sie vom Gerichtsvorstand, bei den Franken vom Grafen mit Zuziehung von Rachinburgen vorgenommen wurde. Es konnte die Pfändung insbesondere verlangt werden wegen einer Schuld (sei es eine Buß- oder Civilschuld, was oft beides zusammentraf), zu deren Zahlung der Schuldner bereits gerichtlich verurtheilt war, oder die sich sonst auf einem gerichtlichen Gelöbniß gründete. In letzterem Falle konnte über Vorhandensein und Größe der Schuld ein Zweifel nicht statt finden. Anders verhält es sich aber, wenn sich der Kläger auf eine außergerichtlich gemachte Zusage und dgl. berief, und der Beklagte, welcher gepfändet werden sollte, nicht bei Gericht erschien, um die Schuld zu bekennen oder abzuläugnen 24). Der Richter war hier genöthigt, dem Verlangen des Klagenden, wenn Allem, was das Recht erforderte, zuvor genügt, also namentlich die gehörigen außergerichtlichen und gerichtlichen Mahnungen vorhergegangen waren, Folge zu leisten, und die Pfändung vorzunehmen auf so viel, als der Impetrant angegeben hatte, mit Inbegriff der verwirkten Bußen und Brüche 25).

---

22) S. oben S. 175.

23) Graff althochdeutscher Sprachschatz Bd. 3. S. 342.

24) L. Sal. LII. §. 1. 2.

25) L. Sal. em. LII. §. 4. Si autem Grafio ibi invitatus non venerit et sunnis eum aliqua non detinuerit aut certa ratio dominica, et si distulerit, ut non ibi ambulet neque mittat, ut cum ju-

Es geschah dieses aber auf Gefahr des Impetranten [26]), der auch in der Formel ausdrücklich erklären mußte, daß er diese auf sich nehmen wollte [27]). Der Graf mit Zuziehung der Rachinburgen erscheint hier als ein rechtlicher Beistand des Impetranten, der in dessen Namen, nicht wegen einiger Machtvollkommenheit, die Pfändung vornimmt. Der Impetrant konnte

---

stitia exigatur debitum, aut se redimat aut de vita componat. Vgl. auch Maurer Gerichtsverfahren S. 61—63.

26) L. Sal. em. LIII. §. 1. Si quis Grafionem ad res alienas injuste tollendas invitaverit, antequam gasachium suum secundum legem habeat admallatum (Cod. fuld.: aut consecutus quod ei in mallo fidem fecisset) ... sol. cc. culp. judicetur. Die aus der Heroldina hier hinzugesetzten Worte weisen auf die beiden Fälle hin, daß entweder der Impetrant auf eine gerichtlich gemachte Zusage, oder auf ein angeblich außergerichtlich gegebenes Versprechen sich stützte. In der l. Rip. 41. §. 1. heißt es: Si quis judicem fiscalem ad res alienas injuste tollendas, antequam ei fidem fecerit, aut ad strudem admallatum habuerit, invitare praesumpserit, L sol. multetur. Auch hier ist also von einer zweifachen Bedingung der Pfändung die Rede, entweder es mußte ein Versprechen gegeben sein, und dann scheint es keines so weitläufigen Pfändungsverfahrens bedürft zu haben, oder es war ein solches gerichtliches Versprechen nicht gegeben, dann konnte nach Ripuarischem Rechte (XXXII. 3.) erst bei der siebenten Vorladung auf Pfändung angetragen werden.

27) L. Sal. LII. §. 3. — tunc ille cui fides facta est ambulet ad Grafionem loci illius, in cujus pago manet accipiatque festucum et dicat verbum istud: Tu Grafio, rogo te, quia ille homo denominatus, qui mihi fidem fecit, quem legitime habeo adjactivum vel admallatum secundum legem Salicam, et ego super me et fortunam meam pono, quod securus mitto in fortunam illius manum; et dicat de quanta causa ei fidem fecerat. L. Sal. LII. 2. Si vero Grafio invitatus contra legem super debitum justum aliquid amplius tulerit, aut se redimat aut de vita componat, d. h. wenn er mehr nimmt als die Schuld mit Buße und Bruche. Bei den Ripuariern (XXXII. 3.) erhielt nämlich der Kläger 45 Sch. und jeder Rachinburg 15 Sch.; bei den Saliern scheint es, daß die Rachinburgen nichts erhielten; der zu Pfändende aber, der nach drei Mahnungen nicht erschienen war, hatte 9 Schill. verwirkt, davon erhielt $^2/_3$ der Kläger, $^1/_3$ der Graf. Dieses ergiebt die Vergleichung von l. Sal. em. LII. §. 2. i. f. mit §. 3. i. f.

freilich den Beistand nur auf Grund einer von den Thingmännern ertheilten Erlaubniß zur Pfändung verlangen, und mußte diesen Beistand in Anspruch nehmen, wenn er nicht einer unrechtmäßigen Pfändung schuldig werden wollte.

Es scheint aber keinesweges in so früher Zeit, wie es bei den Franken der Fall war, auch bei den übrigen germanischen Stämmen als nothwendig angesehen worden zu sein, daß die Pfändung durch den Grafen oder einen in ähnlicher Stellung sich findenden Beamten vollzogen werden mußte. Den Parteien selbst war es überlassen, die Pfändung vorzunehmen, und von ihrem Willen hing es ab, ob sie den Beistand des Richters dazu begehren wollten. Es folgt dieses zunächst aus dem Gesetze der Baiern 28) und Burgunder 29), sowie auch der Longobarden, dessen Bestimmungen aber erst weiter unten in anderm Zusammenhang mitgetheilt werden sollen. In jenem ist es den Parteien nur verboten, eine Pfändung vorzunehmen, ehe eine gerichtliche Erlaubniß dazu ertheilt worden ist, und es sind Strafen für die Nichtbefolgung der bei der Pfändung zu beobachtenden Regeln gesetzt, aber von der Nothwendigkeit der Zuziehung des Beamten ist keine Rede. Eine ähnliche Vorschrift finden wir dann auch in den angelsächsischen Gesetzen Königs Cnut 30), welche verordnen: daß niemand ein Pfand nehmen

28) L. Bajuv. XII. 1. §. 1. Pignorare nemini liceat nisi per jussionem judicis .... 3. §. 1. Si quis aliquem contra legem pignoraverit sine jussione Ducis, pignus sine laesione reddat et aliud simile addat. Duci vero pro fredo XL sol. solvat.

29) L. Burg. XIX: Qui ante audientiam cujuscunque pignora abstulerit, causam perdat, et inferat mulctae nomine sol. XII.

30) Cnut Ges. I. c. 18. (b. R. Schmid S. 153.). So heißt es auch in den Ges. Ina's c. 9. allgemein, niemand soll Rache üben, ehe er um Recht bittet, wenn er es aber doch gethan, so soll er erstatten, was er ihm nahm (þaet he him on nime) und 30 Schill. büßen. Rache üben kann hier wohl nicht etwas anderes heißen, als pfänden. Cnut's Gesetz ist vielleicht nur als eine genauere Vorschrift dessen zu betrachten, was Ina allgemein bestimmt hat. — In Aelfred's Ges. c. 38. ist von einer Rache oder Execution gegen die Person die Rede, und da heißt es: Wenn er aber die Macht nicht hat, daß er ihn drinnen belagere (in seinem Hause), so reite er zu dem Ealdermann und bitte ihn um Beistand.

soll (nimo nåh naeme), ehe er dreimal in der Hundertschaft um sein Recht gebeten hat; wenn dieses aber geschehen, soll er sich in einem vierten Termin von dem Grafschaftsgericht die Erlaubniß ertheilen lassen, „nach seinem Eigen zu greifen" (haenaen aefter his agenan), d. h. ein Pfand für die Befriedigung seiner Forderung zu nehmen [31]). Noch bestimmter und unzweifelhafter ergiebt sich aber aus den Stellen der nordischen Rechtsquellen, welche von der Pfändung handeln, daß dieselbe von den Parteien ohne Beihülfe des Richters vorgenommen wurde. Und zwar folgt es nicht nur aus der Fassung jener Stellen, worin immer nur von dem Betheiligten, nie von einem vollziehenden Beamten die Rede ist, sondern aus der Vorschrift der dabei zu beobachtenden Formen. In der Paraphrase des Schonischen Gesetzes vom Bischof Sunesen heißt es [32]): Debitore respuente satisfacere creditori si post legitime in jus querimoniam deportatam, ex concessa licentia et adjudicatione juridicorum in sui debiti solutionem creditor bona quae vis subripuerit debitori, et coram eorum conventu juridicorum, debitor super rapinae vitio reum detulerit creditorem: Si conventus totus affirmaverit ex adjudicationis suae authoritate creditorem bona de quibus agitur subtraxisse, ab impugnatione debitoris creditor absolvetur. Eine Stelle des Jütischen Gesetzes schreibt aber vor, wie Pfändung vorgenommen werden soll [33]): „Ist er (der wegen unrechtmäßiger Besitznahme der Sache eines Andern (ran) beklagt worden), überhörig, und will er die Buße (wozu er verurtheilt worden) nicht zahlen, da wird ihm (dem Sachverfolger) getheilt Pfand zu nehmen (nam at naemte), außerhalb seines Hofzaunes, heimlich und nicht offenbar; doch soll der, welcher das Pfand nimmt, es seinen Nachbaren sagen, einem, zwei oder mehreren, daß er gepfändet hat. Aber es soll kein Pfand genommen werden ohne Things-Urtheil, denn thut er es, ehe es ihm getheilt

31) Vgl. daselbst K. Wilhelm's Ges. I. c. 42. a. E. — dunt prenge conge, que il pusse nam prendre etc.

32) Sunesen Leges Scaniae XVI. 2., b. Westphalen Monum. Cimbr. IV. col. 2081.

33) Jyt L. II. 59. (Ausg. v. Rosenvinge. Kopenh. 1837. S. 206.)

worden, so kann man ihn dafür als Dieb oder Räuber ansprechen [34].

Aus der Vorschrift, daß man die Pfändung den Nachbarn anzeigen soll, ergiebt sich zur Genüge, daß keine Mitwirkung des Gerichtsvorstandes statt gefunden haben kann. Auch in dem Seeländischen Recht, welches König Erichs Namen trägt, werden jene beiden Erfordernisse der Pfändung erwähnt, und zwar in einem anderweitig interessanten Zusammenhange [35]. Es ist nämlich von der Pflicht der Verwandten die Rede, eine bestimmte Beisteuer zu dem Wergelde zu geben, welches ein Familienglied durch Todtschlag schuldig geworden; bleibt einer von den zur Beisteuer verpflichteten Verwandten mit seiner Quote im Rückstand, wenn der Termin der Wergeldszahlung eintritt, „so sollen die Freunde (des Todtschlägers) ihm theilen Pfand zu nehmen", dann soll er dem Häradsthing anzeigen, daß er Urlaub zur Pfändung erhalten habe, und die Thingmänner sollen ihm (dem Schuldner) einen Tag setzen, zum Häradsthing zu kommen und seinen Bußtheil zu bezahlen; kommt er dann nicht, so mag jener pfänden und zwar auf die Hälfte mehr, als die ursprüngliche Forderung betrug; doch soll es nicht in Gegenwart (dieses erklärt, was das Jütische Low unter heimlich versteht) und nicht innerhalb des Hofzaunes des zu Pfändenden geschehen. Kommt dieser noch innerhalb der Dorfsmark darauf zu, wenn der Pfänder das Pfand fortbringen will, so kann er verlangen, daß er es wieder losläßt. — So particulär und individuell diese Vorschriften auch sind, so geben sie doch ein anschauliches Bild vom germanischen Rechtsleben, und tragen dazu bei, das Institut in seiner eigentlichen Bedeutung und Stellung aufzufassen. — Die Vorschrift, daß nicht innerhalb des Hofzaunes gepfändet werden soll, findet sich auch in andern, namentlich in den schwedischen Rechtsbüchern. So erzählt das Ostgothländische Rechtsbuch [36]): „Es war früher Rechtens, daß

---

34) Von der Pfändung wegen einer geliehenen oder gesetzten Sache, deren Rückgabe verweigert worden ist. Jyt Low. II. 61. Das. S. 208.

35) K. Eriks Sjellandske Low V. 22. (Rosenvinge p. 244.)

36) Oestgöta Lagen. Raefsta B. III. §. 2. (ed. Schlyter p. 166.)

wenn ein Mann (der nicht vor Gericht erschienen war) zur Buße verurtheilt war, so sollte er (der Kläger) pfänden; so auch für Schuld; doch durfte er nicht pfänden innerhalb des Hofes und Heckpfahles (in nan garþz oc grinda stulpa). Pfändete er, so hatte er durch unrechte Pfändung seinen Anspruch verloren und drei Mark verwirkt" 37).

Von allen diesen beschränkenden und näher bestimmenden Vorschriften findet sich in unseren deutschen Volksrechten nichts; dagegen beschäftigen sie sich mehr damit, zu bestimmen, welche Sachen (wenigstens dann, wenn nicht noch eine besondere Erlaubniß ertheilt war) nicht als Pfand genommen werden durften. Dahin gehören nun aber zunächst ganze Viehheerden 38); nach longobardischem Recht muß, wenn man dennoch eine solche weggenommen hatte, dafür wie für einen großen Friedensbruch gebüßt werden 39). Eben so war es durchaus unerlaubt, Zugvieh zu pfänden 40). Pfandbare Gegenstände waren mithin außer

37) Nach Drapa B. XIII. §. 3. cod. 1. p. 60. init. konnte er im Hofe bußlos erschlagen werden.

38) L. Alam. LXXIV. 1. Si quis gregem jumentorum ad pignus tulerit, et incluserit contra legem, c. XII sol. componat et demittat et usque ad annum integrum habeat eos in cura ille qui illos pignoravit. Et si aliquid de ipso grege in ipso anno perdiderit, ille qui pignus tulit, simile restituat. Ferner Alam. XCVIII. Si quis gregem de porcis, aut de jumentis, aut de vaccis, vel de berbicibus in pignus tulerit quadraginta sol. componat. Da hier 40, dort 12 Schill. als zu entrichtende Buße angegeben werden, so dürfte jenes wohl das dem Herzog zu entrichtende fredum, welches bei Baiern und Alamanen gewöhnlich 40 Sch. war, dieses die Buße sein, welche der Herr der Heerde erhielt.

39) L. Rotharis 253. Si quis greges equarum s. porcorum sine jussione Regis pignoris nomine abstulerit, ille prior aut moriatur aut componat solidos DCCCC medium Regi, et medium cui pignus abstulerit; et illi qui cum illo fuerint, si tamen liberi sint, componat unusquisque solidos LXXX medium Regi, medium illi, quem pignoravit ut supra.

40) L. Rotharis c. 254. Si quis caballos domitos, aut boves, aut vaccas jugo domitas pignoraverit sine jussione Regis sibi, nonum reddat. (Wie beim Diebstahl nach Longobardischem Recht.) — L. Burg. Addit. I. tit. 18. §. 1. Quod quicunque boves pignorare praesumserit, capitale puniatur. §. 2. Nobis vero cum optima-

aller fahrenden Habe, Sclaven und alles übrige nicht besonders ausgenommene Vieh, einzelne oder mehrere Stücke. Doch enthalten einzelne Gesetze noch weitergehende Beschränkungen, aus welchen hervorzugehen scheint, daß man sich mindestens zunächst an die fahrende Habe halten mußte und dann überhaupt erst Sclaven und Vieh angreifen konnte. Auch wenn es absolut verboten war, gewisse Gegenstände zu pfänden, so ist das nicht so zu verstehen, als wenn diese gar nicht pfandbar gewesen wären, sondern nur so, daß sie nicht ohne Noth [43]), oder ohne eine besondere Erlaubniß, oder ohne richterliche Hülfe in Anspruch zu nehmen (wie dieses in einer beachtenswerthen Stelle des longobardischen Rechtes sehr bestimmt ausgesprochen ist) [44])

---

tibus nostris hoc convenit, ut quicunque alia pecora habuerit, aut mancipia, aut caballos, et boves praesumpserit pignorare, inferat illi, cujus boves pignorat sol. XII. Et si duo paria pignoravit, sol. XXIV et mulctae nomine XII ea tamen ratione ut boves ipsos in loco restituat. Es ist dieses die Aenderung einer Rechtsatzung, die man freilich in unserer Sammlung des Burgundischen Rechtes vergebens sucht.

41) L. Rotharis c. 257. Nulli liceat pro quolibet debito casam ordinatam tributariam loco pignoris tollere, nisi servum, ancillam, vaccas aut pecora.

42) So wegen Sclaven l. Burg. l. c.

43) L. Bajuv. XII. 4. §. 1. Si quis contra legem porcos in pignus tulerit, unumquemque cum duodecim saigis componat. §. 2. Illam ductricem cum tremisse componat. Dieses läßt sich allenfalls unter das Verbot, ganze Heerden zu pfänden, subsumiren, allein es heißt dann weiter, 5. §. 1. Si quis oves (oder etwa boves??) in pignus contra legem tulerit, taceat de causa pro qua pignus tulit, et cum solido componat. Dann wird aber doch hinzugefügt §. 2: Nisi forte ille homo alius res non habet per quas possit pignus tollere, si nisi ipsas oves nihil aliud habet, non erit culpabilis, quia necessitas hoc compellit facere. — Capitul. a. 823. c. 18. (Pertz p. 233.) — nullus judex publicus seu ministri publici audeant contra legem (liberas personas) in bovibus pignorare, quia audivimus multa damna — propter hoc populo nostro sustinere.

44) L. Rotharis c. 256. Si quis liber homo, qui debitor est, alias res non habuerit nisi caballos, aut boves domitos, seu vaccas iunctorias, tunc ille qui debitum requirit, vadat ad Sculdahis, qui in loco ordinatus est, et intimet causam ipsam, quod debi-

genommen werden durften. Der Grund dieser Beschränkung des Pfändungsrechtes ist übrigens nahe liegend genug: es sollte der zu Pfändende so wenig als möglich in seinem landwirthschaftlichen Betriebe, worauf vielleicht die ganze Erhaltung seines Haushaltes beruhte, gestört werden.

Es liegt außer unserm Zweck, die Grundsätze über die gerichtliche Pfändung (die Auspfändung) und deren Fortbildung hier weiter zu entwickeln [45]). Es soll nur darauf aufmerksam gemacht werden, daß heutigen Tages wohl noch ein Pfändungsrecht vorkommen kann, welches sich früher auf eine zustehende Jurisdiction gründete und forterhalten hat, während diese untergegangen ist. Es kann ein solches Verhältniß aber bei Gutsherren rücksichtlich ihrer Gutseingesessenen [46]), bei Gemeinden [47]) und bei Zünften sich finden; bei welchen letzteren aber wohl zu unterscheiden ist das Pfändungsrecht, welches den Corporationen überhaupt gegen ihre Mitglieder zustand, und nur dieses gehört hierher, von dem, welches zur Erhaltung der Zunftgerechtsame nach außen geübt wird.

---

tor ipsius alias res non habeat, nisi quod supra legitur. Tunc Sculdahis tollat boves aut caballos ipsius, et ponat eos paene creditorem dum usque justitiam faciat. Si Sculdahis dilataverit facere sit culpabilis in palatio Regis sol. XI — (muß gewiß heißen XL) — et post justitiam factam pignus restituatur.

45) Manches über die gerichtliche Auspfändung in M. A., was auch für die Gegenstände, die wir weiter unten erläutern werden, der Vergleichung wegen nicht ohne Interesse ist, enthält Kopp Hessische Gerichtsverfassung Bd. 1. §. 408—412.

46) Kopp a. a. O. §. 278. Puffendorf Observ. Vol. II. Obs. 61. Puffendorf de Jurisdict. P. II. Sect. 2. c. 5. §. 8 sqq. Woselbst er eine Verordnung der Königin Christine für Bremen und Verden aufführt: Dann auch — der Adel und die Gutsherren ihre Meyern, die seyen gesessen wo sie wollen in geringen liquiden Schuldsachen auf Ansuchen ihrer Gläubiger vermittelst der Pfändung zugehörender Zahlung anzuweisen befugt gewesen, so soll es auch immassen hergebracht, hinführo verbleiben und gelassen werden. — Es ist hier nicht von einer Pfändung der Gutsherren im eigenen Interesse z. B. wegen Zinsen die Rede.

47) Kreittmayr Anm. z. Baier. Landr. Bd. 2. S. 1268. Struben rechtliche Bedenken (Ausg. v. Spangenberg) Th. 3. S. 307.

C. Außergerichtliche Pfändungen.

I. Pfändung wegen Schuld.

§. 1.

Gestalt derselben im altgermanischen Recht.

Die Pfändung, soweit wir sie bisher kennen gelernt haben, setzte, wenn sie gleich von den Parteien allein ohne Beistand von Gerichtspersonen vorgenommen wurde, eine vom Gerichte ertheilte Erlaubniß voraus, und in so fern kommt ihr der Name einer gerichtlichen Pfändung zu. Allein auch eine Pfändung ohne eine solche Erlaubniß war an sich, nach altgermanischem Recht, keine unerlaubte und strafbare Handlung. Dies ist sie erst durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen geworden. Einen zu fordernden Beweis für die Zulässigkeit einer solchen Pfändung glaube ich zunächst im longobardischen Rechte zu finden. In den Gesetzen des Königs Rotharis heißt es nämlich (c. 249.): Si quis debitorem habens, appellet eum semel et bis, et usque in tertio, si debitum non reddiderit, aut non composuerit, tunc debeat eum pignorare in his rebus in quibus pignorare licitum est. (c. 250.): Si quis alium pro quolibet debito aut caussa pignorare praesumpserit, antequam eum tertio pulsaverit, pignus, quod ante contestationem tulerit, sibi nonum reddat in potestate domini sui.

Es wird hier also nur eine dreimalige Anforderung, die Schuld zu bezahlen, erfordert, nicht aber, daß man erst zu Gericht gehe und sich die Erlaubniß zur Pfändung ertheilen lasse. Ein Gleiches ist auch in ein paar Gesetzen Königs Luitprand der Fall, wovon das eine [48]), wie der Zusammenhang lehrt, eine Wiederholung der Verordnung des Königs Rotharis zu sein scheint, um hervorzuheben, daß dieselbe auch auf den Bürgen anwendbar sei, der ebenfalls das Recht hatte, den Schuldner, für welchen er intercedirt hatte, zu pfänden und das Pfand

48) L. Luitpr. c. 41. Si quis alium ante constitutum pignoraverit, et probatum fuerit, quod ante constitutum pignorasset, componat ipsum in actogild etc.

dem Gläubiger zu überantworten [49]). Die andere Stelle bestimmt aber näher, wie eine Schuld beschaffen sein müsse, damit aus derselben die Berechtigung zu einer solchen außergerichtlichen Pfändung erwachsen könne [50]).

Obgleich der directe Beweis für die Zulässigkeit einer solchen Pfändung zunächst nur aus einem Volksrechte entnommen ist, so darf dieses keinen Zweifel erregen, daß sich die Sache ursprünglich bei allen germanischen Stämmen nicht in gleicher Weise verhalten haben sollte. Es wird dieses auch durch die anderweitig vorkommenden Verbote einer solchen Pfändung, auf welche wir noch weiter unten kommen werden, bestätigt. Wenn wir der unbeschränkter sich bewegenden Selbsthülfe im Kampfe mit der ordnenden Gesetzgebung begegnen, so werden wir schon durch den allgemeinen Entwicklungsgang darauf geleitet, die Wurzel derselben in der urgermanischen Lebensgestaltung zu suchen. Rache und Selbsthülfe machten, je weiter wir in die germanische Vorzeit hinabsteigen, sich in einem weitern Umfange geltend. In allen unsern Rechtsquellen lernen wir sie fast nur aus Bestimmungen kennen, deren Zweck es war, ihnen engere Gränzen zu setzen. So gewiß dieses festgehalten werden muß, wenn man die geschichtliche Entwicklung unseres germanischen Rechtes gehörig auffassen will, so weit ich davon entfernt bin, die urgermanischen Rechtsverhältnisse mit einem Maaßstab, der von unsern

49) L. Luitpr. c. 40 — fidejussor eum pignoraverit et pignora ipsa ad creditorem ejus dederit. L. Burg. XIX, 5. Si quis pro parente — vel pro quocunque fidejussor exstiterit pro quolibet debito — — et is ter admonitus coram testibus vel post commotionem pignoratus etc. — c. 6. Modus vero pignorum hic erit, ut tertiam partem fidejussor amplius tollat, quam summa debiti est, et denunciet coram testibus debitori.

50) L. Luitpr. 15: Quicunque liber homo sub Regni nostri ditione positus cuicumque a modo wadiam dederit, et fidejussorem posuerit, in praesentia duorum vel trium testium quorum fides admittitur, in omnibus complere debet. Et si distulerit, et fuerit pignoratus in his rebus, in quibus licitum est pignorare, nullam calumniam qui pignoravit patiatur. Nam qui sine hac manifestatione pigorare praesumpserit, jubemus ut in duplum ipsum pignus restituat.

modernen Zuständen hergenommen ist, messen zu wollen, so kann ich mit dem fast allgemein herrschenden Ansichten über die Stellung und Bedeutung der Rache und Selbsthülfe im altgermanischen Recht nicht übereinstimmen. Vielmehr geneigt, in der Wissenschaft das, was feststehend zu sein scheint, festzuhalten, als immer wieder einzureißen und von neuem zu bauen anzufangen, was so oft aus Eitelkeit, Streben nach Originalität entsteht, fern von Paradoxiensucht, kann ich doch nicht umhin, was ich andern Ortes ausführlicher darlegen muß, hier schon auszusprechen, daß mir Rogge's geistreiches, verdientes Buch, dessen Resultate, wie selten die eines andern den Germanisten, zwischen Fleisch und Knochen gedrungen sind, die Grundlage vieler Irrthümer, vieler durchaus einseitiger Auffassungen geworden zu sein scheint. „Eine Freiheit, vermöge deren der Freie thun durfte, wozu er den Willen und durch die Hülfe seiner Freunde die Macht hatte", kann, wie ich glaube, nie und nimmer die Grundlage gewesen sein, woraus das germanische Rechts- und Staatswesen sich gebildet hat. Wo nicht die Vorstellung herrscht, daß es etwas Höheres, Allgemeineres giebt, dem der Einzelne, so widerstrebend er es auch thut, so oft er sich dem auch thatsächlich entzieht, sich unterordnen muß, wo nicht eine Macht ist, wie unzureichend sie auch oftmals sich bewähren mag, die diese Unterordnung erzwingen kann, — da scheint mir, fast weniger noch als in jenem von den Philosophen fingirten Naturzustand, selbst der Keim, aus welchem ein Rechts- und Staatsleben sich entwickeln und fester gestalten kann, vorhanden zu sein. Unsere Rechtshistoriker, die diesen Naturzustand mit Recht negiren, will mich bedünken, schreiten oft selbstbewußt vorwärtsgehend aus demselben hinaus, und kehren dann, ohne es zu merken, rücklings wieder dahin zurück, indem sie durch ihre historische Demonstration vom Ursprung der Staaten bis zu einem Punkt zurückgehen, wo es kein oder kaum ein Gemeinwesen, sondern nur Familien gab; das liegt aber jenseits aller Geschichte. Die Familie oder die bloße Mehrheit der Familien ist nimmer, so familienähnlich das Gemeinwesen auch sein mag, dieses selbst, ohne noch ein hinzukommendes Dritte, was nicht Familie ist, und welches eben dadurch entstanden, daß die Familie über sich selbst hinausgegangen ist. — Willkür und Fehderecht, als die Befugniß ge-

dacht, beliebig die allgemeine Ordnung zu negiren, oder sich vermöge seines guten Rechtes außer derselben zu versetzen, kann nie die Grundlage einer Rechtsverfassung gewesen sein. Eine fabelhafte Ehrlichkeit, eine Gesammtbürgschaft, bei welchem fast zur Parole der Germanisten gewordenen Ausdruck jeder sich etwas anderes denkt, als sein Vorgänger 51) u. dgl., mußten zu Hülfe genommen werden, um wieder Anknüpfungspunkte für die mögliche Entwicklung eines Staatswesens zu finden, dem man das Princip der Auflösung, die subjective Willkür, zur Basis gegeben hatte. — So weit wir an der Hand der deutschen wie nordischen Quellen in die Vorzeit zurückgehen, waren Rache und Selbsthülfe nie bloße Aeußerungen der Willkür. Rache und Selbsthülfe waren vielmehr selbst Rechtsinstitute, das heißt, es war bestimmt, wann sie zur Ausübung kommen konnten, es war die Art der Ausübung an gewisse Regeln gebunden. Wer anders that, handelte nicht nach seinem Rechte, sondern als Missethäter 52). Er konnte, nach Gestaltung der Sache, aus dem Frieden gekündigt, zu Bußen und Brüche verurtheilt werden. Es gewährt eine vielleicht nicht unrichtige Vorstellung, wenn wir uns Rache und Selbsthülfe gleichsam als eine Execution vor dem Urtheil denken. Wir meinen damit, daß der, welcher sie übte, sich gewärtigen mußte, dafür zur Verantwortung gezogen zu werden, und daß er nicht sowohl aus eigener Machtvollkommenheit, sondern gleichsam als ein Werkzeug der bestehenden, anerkannten Rechtsordnung handelte, der Arm der Justiz war. Das „Bereden des todten Mannes" dürfte etwas zur Erläuterung dieser Ansicht beitragen. Es bestand darin, daß der, welcher einen Todschlag aus Nothwehr oder erlaubter Rache begangen, gegen den Todten selbst eine Anklage erhob, um darzuthun, daß er

51) Es behauptet nun neuerdings Schaumann in seiner Geschichte des niedersächs. Volkes (Gött. 1839), man habe sich nicht das Wergeld, sondern den Grundbesitz gegenseitig verbürgt.

52) Wenn man einwenden wollte, daß Rogge etwas Aehnliches sagt, so muß ich darauf aufmerksam machen, daß er dem Fehderecht, außerdem daß er es nicht bei Civilstreitigkeiten stattfinden läßt, nur eine sittliche, keine rechtliche Beschränkung giebt; auch der Zweikampf findet nach gewissen Regeln statt, ohne daß diese Regeln Rechtssatzungen sind.

als einer, der den Frieden und das Leben verwirkt, gefallen sei. Was uns der Sachsenspiegel darüber berichtet, wird bei dem Schweigen der Volksgesetze, durch die angelsächsischen und besonders nordischen Rechtsquellen noch weiter ergänzt und erläutert; auch davon soll an anderm Orte weiter die Rede sein. Wie die Rache oder Fehde (denn die Fehde war immer nur von einer Seite zulässig) Friedensbruch voraussetzte, so die Pfändung, Schuld (es sei Buße, Schadensersatz u. s. w.). Wer zu der einen oder andern griff, mußte sich vorsehen, daß es aus rechtmäßiger Ursache und in gehöriger Weise geschah.

Eine Stelle der ältern Recension des westgothländischen Rechtes dürfte hier besonders zur Bestätigung und Erläuterung dienen [53]: „Wenn ein Mann — sagt sie — von einem andern [Bezahlung einer] Schuld fordert, so soll er seine Nachbarn herbei rufen, und lasse sie zugegen sein und hören, daß er von ihm Schuldzahlung fordert. Dann mag er ihn pfänden wenn er will [54]. Hat er von ihm Schuld zu fordern, so kann er (auch) ihn, wie es das Gesetz bestimmt, gerichtlich belangen und soll seinen [des Schuldners] Eid dazu haben, wenn sie darum uneinig sind, daß er ihn nicht mehr zu bezahlen habe. Spricht jener dagegen, sagt er, daß er ihm keine Schuld zu bezahlen habe, so soll er mit zwölf Männern schwören, daß er ihm keine Schuld zu bezahlen oder keine Gabe zu erstatten habe [55]. Thut er dem Rechte nicht Genüge, so zahle er dreimal 16 Unzen zur Buße und die Schuld dazu. Das abgenommene Pfand soll mit dem für die Schuld geleisteten Zwölfereid gelöst werden." Es heißt dieses Letztere offenbar, daß, wenn er, der Beklagte, die Schuld abschwor, auch jener das Pfand wiedererstatten mußte; und er hatte sich nun einer Anklage wegen ungerechter Pfändung, wegen eines nicht rechtmäßigen Raubes, zu gewärtigen [56]. Als die älteste Beschränkung des Pfändungsrechts ist daher auch wohl die anzusehen, vermöge welcher es auch durch

53) Westgöta L. Retl. B. c. 7. p. 39 (ed. Schlyter.).

54) Þa mae han naemae han siþaen aen han vill.

55) Skyld at gialdae aellaer gaefat lönae.

56) L. Rotharis c. 252 und L. Burgund. XIX. 3.

ausdrückliche Bestimmung festgesetzt wurde, daß eine Pfändung nur bei einer Schuld zulässig sein sollte, die in solcher Weise eingegangen und bestätigt war, daß der Schuldner nicht näher war, ihr mit seinem Eid zu entgehen. Eine solche Verordnung hat König Luitprand erlassen [57]): Quicunque liber homo sub regni nostri ditione positus cuicunque a modo wadiam dederit, et fidejussorem posuerit, in praesentia duorum vel trium testium quorum fides admittitur, in omnibus complere debet. Et si distulerit, et pignoratus fuerit in his rebus, in quibus licitum est pignorare, nullam calumniam qui pignoravit, patiatur. Nam si sine hac manifestatione pignorare praesumpserit, jubemus ut in duplum pignus restituat. Darauf weist auch eine Stelle in dem Edict des Königs Theodorich, in welchem das außergerichtliche Pfändungsrecht überhaupt verboten wird, hin [58]). Man sieht nicht, was das Gesetz Luitprand's bezweckt haben sollte, wenn es nicht früher zulässig gewesen, jeden, den man als Schuldner gehörig (dreimal) gemahnt hatte, zu pfänden. Die Strafe ist hier Ersatz des Doppelten, während sie, wenn man gepfändet hatte, ohne daß eine Schuld vorhanden war, oder ohne zu mahnen und ohne die rechtlichen Formen zu beobachten, wie beim Diebstahl das Neunfache betrug [59]). Auf viel engere Gränzen finden wir aber das Pfändungsrecht in andern deutschen Volksrechten zurückgebracht. Am weitesten waren hierin schon früh die Franken gegangen, nach deren Rechtssammlung keine Pfändung ohne gerichtliche Erlaubniß und ohne Mitwirkung von Grafen und Rachinburgen statt finden sollte. In andern finden sich Verbote, ohne erlangte Gestattung zu pfänden, wodurch doch nicht gerade der Partei das Recht entzogen wird, dieses dann allein oder nur mit Zeugen, die der eigenen Sicherheit wegen mit zugezogen waren, vorzunehmen. Die Bestimmungen des bairischen, burgundischen, angelsächsischen Volksrechtes sind bereits oben mitgetheilt worden.

---

57) L. Luitpr. c. 15.

58) Edict. Theodorici R. 123: Capiendorum pro suo arbitrio pignorum unicuique licentiam denegamus, ita ut si probabile fuerit, hoc agendi judicis praestat auctoritas.

59) L. Luitpr. c. 40. 41. mit L. Rotharis c. 250. u. 252.

In dem Gesetzbuch der Westgothen wird dergleichen am wenigsten überraschen [60]); aber auch als Karl der Große die Sachsen seiner Herrschaft unterworfen hatte, gehörte zu seinen ersten Geboten: ut nullatenus alterum aliquis pignorare praesumat. Et qui hoc fecerit bannum nostrum solvat [61]).

Alle diese Verbote lassen mit Bestimmtheit ahnden, wie die eigenmächtigen, wenn auch im Vertrauen auf ein gutes Recht vorgenommenen Pfändungen, sei es einer Schuld wegen, sei es um überhaupt in einer Sache dadurch sich ein Unterpfand für das Erscheinen seines Gegners bei Gericht zu verschaffen, zu vielfachen Gewaltthätigkeiten führen mochten [62]); wiewohl, eben weil die Pfändung aus rechtmäßiger Ursache und in gehöriger Form ein rechtliches Institut, der Privatkrieg (zu unterscheiden von gesetzlicher Rache) aber keineswegs ein solches war, ein gewaltsamer Widerstand gegen eine Pfändung auch nach ältestem germanischen Recht ohne Zweifel als ein arger Frevel angesehen wurde. Daß es an solchem freventlichen Widerstand aber gewiß oftmals nicht gefehlt hat, das zeigen die oft wiederholten Gesetze, welche es als eine schwere Missethat erklären, bei einer mit Recht und selbst gerichtlicher Genehmigung vorgenommenen Pfändung Gegenwehr zu üben. Um diesen Gewaltthaten auszuweichen, haben zweifelsohne die dänischen Provinzialgesetze verordnet, daß die Pfändung nicht unter den Augen des Gepfändeten geschehen sollte [63]). In Schweden hat man aber dem Uebel, wie in Deutschland bereits im siebenten und achten Jahrhundert geschehen war, durch gänzliches Verbot solcher eigenmächtigen

60) L. Wis. v. 6. 1. Pignorandi licentiam in omnibus submovemus: aliquin se non acceptum pignus praesumpserit ingenuo de jure alterius usurpare duplum cogatur exsolvere. Servus autem simplum restituas et centum flagella accipiat.

61) Capit de partib. Sax. a 785. c. 25.

62) Daß auch zu diesem Zweck einseitig gepfändet wurde, und darauf sich besonders auch die Pfändungsverbote bezogen, möchte ich besonders aus dem Volksrechte der Baiern schließen (XII. §. 1. 2. s. oben Note 17)..

63) S. oben S. 185.

Pfändungen auszuweichen gesucht [64]). Im ostgothländischen Recht wird, nachdem es erwähnt worden, daß es früher erlaubt war zu pfänden, wenn es nur nicht innerhalb des Hofraumes geschah (s. Note 36.), weiter erzählt: „Da wurde in des Königſ Cnuts Tagen das Gesetz gegeben, daß man nicht pfänden sollte; wer aber pfändete, der hatte dadurch verpfändet (durch Pfändung verwirkt) seine Forderung und drei Mark (Buße) [65]), für was er auch pfänden mochte, es sey für Schuld oder für Buße. Wird der getödtet oder verwundet, der eine Nahme nimmt, so ist das bußlos; wenn er aber einen Leibesschaden zufügt, so steht das zu zweifacher Buße. So ist das Recht noch jetzt." — Der König Cnut, der hier erwähnt wird, ist aber, da Schweden keinen andern König dieses Namens gehabt hat, Cnut Erichson, der 1195 starb [66]). Von der praktischen Wirksamkeit, welche solche Gesetze, die mit der Sitte des Volkes im Widerspruch standen, erhielten, wird der, welcher der Entwicklung anderer Rechtsinstitute bei den germanischen Völkern gefolgt ist, sich keine große Vorstellung machen; Jahrhunderte waren oft nöthig, ehe das, was die bessere Einsicht schon länger als nothwendig erkannt hatte, was selbst gesetzlich festgestellt war, sich in das Leben einbilden konnte [67]). Zugleich wirft die Gesetzgebung über die Pfändung einen Lichtblick in das Zeitverhältniß der Rechtsentwicklung bei den deutschen und skandinavischen Völkern. Noch im 12ten Jahrhundert finden wir hier

---

64) Oestgöta L. Raefsta B. c. 3. ed. Schlyter p. 166.

65) hau hafþe firi naemt sakinne ok sinum þrim markum.

66) Vgl. auch darüber Geijer's Gesch. v. Schweden. Bd. I. S. 270.

67) Es ist noch zu beachten, daß während das westgothländische Gesetz in seiner ältern Form die Pfändung als zulässig voraussetzt (s. oben Note 53), in der sonst gleichlautenden Parallelstelle der neuern Recension (Retlösae B. c. 16. ed. Schlyter p. 154) derselben nicht erwähnt wird. Vielmehr wird an einer Stelle Ut giaerþae B. c. 6. p. 214 gesagt, daß nur in einem einzigen Fall, und zwar nur dann, wenn der Schuldner zu einem andern Härad gehört (also die Rechtsverfolgung schwerer war), die Pfändung erlaubt sei. Es dient dieses aber dazu, das Alter der schwedischen Volks- und Landesrechte zu bestimmen, worüber es durchaus noch an genügenden Untersuchungen fehlt.

großentheils einen Rechtszustand, der nur noch trümmerhaft selbst in den ältesten unserer deutschen Volksrechte sich darstellt. Daraus ergiebt sich die Wichtigkeit des Studiums dieser germanischen Rechte, welches, ungeachtet Grimm's Rechtsalterthümer, noch fast keinen Eingang bei uns gefunden hat.

§. 2.

Fortbildung durch die deutsche Reichsgesetzgebung und Untergang.

Wenden wir uns aber nach Deutschland zurück, so finden wir, wie jenes Gebot, welches in den Volksrechten Eingang gefunden und durch Carl den Großen für Sachsen sanctionirt ist, in allen Landfriedens-Constitutionen der spätern Kaiser und Könige fast mit denselben Worten wiederholt wird [68]). Aber schon in dem Landfrieden Rudolfs v. 1281 wird eine ausdrückliche Ausnahme davon gemacht [69]): „Ez pfendet ein igelich man sinen hindersazzen wol an fronboten umb sinen zins und sein gult"; und weiter geht dann K. Albrechts Landfrieden am Rhein vom J. 1301 [70]): „Man pfendet och wohl umbe kuntliche

68) Friderici II. Imp. Const. pacis a. 1235. (Pertz. IV. p. 315) c. 10: Nullus aliquem sine auctoritate judicis provincie pignorare praesumat, quod qui fecerit, tanquam praedo puniatur. Der deutsche Text s. Pertz a. a. O. S. 579. c. 12: Er verbeutet daz niemen pfende an des richters urlob. Swer daz tut uber den sol man richten als uber einen rouber (Ed. Bas.: ächter). Rudolfi I. Reg. const. pacis a. 1281. c. 47. Pertz a. a. O. S. 430: Swer den andern pfendet an fronboten der ist friedbrech. — Desselben Landfr. v. 1287. c. 34. Pertz S. 451. Und dann im kleinen Kaiserrecht II. c. 20. (bei Senckenberg Corp. Jur. germ. Vol I. p. 30.) Eyn iclich Man der dem andren sin Gut borget uff eyne czit czu geldene, der sal es fordern met bescheydenheyt, wert es ime den nicht vergulden, so he es fordert, so soll he es fordern met des Kaysers Rechte. Wer alsus met bescheydenheit onn ouch met des Keysers recht, nicht erfordert, unn wel syne scholt met Gewalt weder gewynnen, vnd pfendet synen Schuldigen; all solliche Pfendunge richt mer ime noch Roybers Rechte. Seyt geschriben stet, wer anders thut den alse der Keyser hat gesaczt, den sal der Keyser pinigen.

69) Rudolfi I. R. Const. pacis a. 1281 c. 59 a. a. O.

70) Pertz a. a. O. S. 476.

korngulte unde wingulte, unde zinse und gat daz och nut an den lantfrieden; anderes sol nieman den andern pfenden ane gerihte. hett sich aber ieman verbunden mit sinen brieven, daz man in pfenden sule ane gerihte, den soll men pfenden an sine eigene, an sine erbe, an sine lehnen, an sine pfande; hett aber ein gotzhus oder ein closter gut oder lute darüber er voget ist, an dem gute und an den luten soll man in nut pfenden." In dem Landfrieden v. 1389 heißt es aber [71]): „Were auch iemand kuntlich redelich, müglich, unlaugbar schult schuldig, so soll er es vor dem Hauptman des Lantfrids zu wissen tun e er dafür pfende, das er den der da schuldig ist darumb verschreibe, und das er danne dem man schuldig weret, gutlichen bezahlen und rihten wolle; wurde darnach der darumb pfenden und angriffen mit den pfenden soll er pfentlich gefaren unde in das nechste Sloß tryben, da ein geriht ynne ist." Es scheinen in diesen Reichsgesetzen nur drei Ausnahmen von dem Verbote der eigenmächtigen Pfändung statuirt worden zu seyn, so daß diese nun doch zulässig gewesen wäre:

1) wegen (Grund-) Zinsen und Gülten;
2) wenn ein Schuldner sich derselben freiwillig unterworfen hatte; und
3) bei jeder kundlichen Schuld.

Doch fragt es sich, ob diese 3 Fälle nicht eigentlich nur auf 2 beschränkt werden müssen, ob unter kundlich redlicher Schuld nicht etwa blos diejenigen verstanden worden, über welche eine Schuldverschreibung mit der s. g. Pfändungsclausel vorhanden gewesen? — Zuerst ist es unzweifelhaft, daß der Landfriede von 1301 eine Pfändung für kundliche Schuld überhaupt ohne ausdrückliche Gestattung von Seiten des Gläubigers nicht als zulässig annimmt, was auch in noch anderen Gesetzen noch bestimmter und ausdrücklicher wiederholt wird [72]). Ferner scheint auch der Land-

71) K. Wenzeslaus Landfr. zu Eger a. 1389. §. 24. b. Senckenberg Bd. 2. S. 94.

72) Landfr. K. Ludwig v. 1332. b. Datt de pace publ. p. 129: Wir gebieten auch allen unsern und deß heil. Reichs Unterthanen vestiglichen zu halten bey unsern hulden, daß nieman den andern in deß landfried zilen an rechte gerichte angriefft an sim libe oder sime

frieden v. 1389 eher eine Beschränkung als Erweiterung des Pfändungsrechtes aufstellen zu wollen, indem er noch bestimmter gewisse dabei zu beobachtende Formen vorschreibt, ohne einer sonstigen Ausdehnung ausdrücklich zu erwähnen. Dennoch aber scheint ein solches weiteres Pfändungsrecht in diesem Landfrieden gleichsam stillschweigend anerkannt zu sein. Den Beweis dafür finden wir aber zunächst in den folgenden Landfrieden, welche über die dort zuerst vorgeschriebenen Formen, näher bestimmende Vorschriften enthalten. Dahin gehört der Landfriede v. 1398, worin es heißt [73]): „Auch hette jemand zu dem andern zu reden umb kuntliche redliche Schult, der soll nicht darumbe angreifen noch beschädigen, er habe dann den, zu deme er die Schult fordert, vorhin darum ersucht, vnd die an ihm erfordert. Und bezahlte er ihme die dann nicht, so mag er darumb pfänden, also u. s. w."

Hier wird als Grund der Pfändung ebenfalls nur kuntliche redliche Schult erfordert, und von einer Urkunde mit Pfändungsclausel ist nicht die Rede; indeß schließen die Worte die Unterstellung, daß das Vorhandensein einer solchen Urkunde dabei vorausgesetzt wäre, nicht mit Bestimmtheit aus, daher ist für uns bedeutender die Bestimmung des Reichsabschiedes von 1442 [74]):

Item ob yemand zu dem andern kuntlich und vnlogenbar Schuld hette, hette dann der Schuld-Vorderer Bürgen oder Brieve, so mochte er sein Schuld vordern vnd einbringen nach Laut und Sage solicher Brieve vnd als ihm versprochen ist zu

---

gute, es enwere dann, daz er im sein Pfand anzugreifen mit seinen „offen besigelten briefen erloubt hätte und wer daz widerthäte, er sie Herr, Ritter oder Knecht, oder anders, wer er sie, der soll diesen landfriden gebrochen han vnd in vnsern vnd des heiligen Reiches Ungnaden sin." — Eine damit ganz übereinstimmende Stelle aus einem Landfr. K. Carl IV. v. 1351 führt Datt an derselben Stelle an. — S. auch Kopp Hessische Gerichtsverf. Bd. 1. §. 407.

73) K. Wenzeslaus Landfr. v. 1398 §. 6. Senckenberg a. a. O. S. 97.

74) R. Absch. z. Frankf. 1442 (Kaiser Friedrichs Reformation) §. 2. Senckenberg S. 171.

bezalen. Wo ihm aber einer nicht bezalt, werden nach seiner Brieve Lute, oder als im versprochen wäre, daß man in bezalen solt vnd im alsdann zu pfenden darum gepurte, der sol es doch mit den Pfanden halten so hernoch geschriben steet. Doch darin unbegriffen die Kaufleute, die sollen einander zalen, auch jedermann sein Zinse, Gulte und Zehend ynpringen, als dann bisher herkommen ist [75])."

Laut dieses Reichsgesetzes war der Begriff einer kuntlichen unläugbaren Schuld, wegen welcher eine Pfändung erlaubt war, ein noch weiterer, als einer verbrieften Schuld, und es wird daher unter ersterer keineswegs eine solche verstanden, bei welcher sich der Schuldner ausdrücklich der Pfändung unterworfen hatte. Auch in gleichzeitigen und zu diesem Landfrieden in Beziehung stehenden Urkunden werden die kuntliche und verbriefte Schuld von einander geschieden, ohne der einen eine geringere Kraft beizulegen, als der andern. So in dem Bundesbrief der Städte: Mainz, Straßburg, Worms und Speier unter Kaiser Albrecht II. [76]): „Wenn auch daheime Statt unter uns Stätten jemanden verbriefte Schulden, Zins, Gülte, oder andere redliche kuntliche Schulden schuldig, und darum geschädiget oder angriffen würde, wie das geschehe oder was davon uffen stünde, darzu sollent ihr die andern Stätt auch mit verbunden sin zu helfende."

Und in dem Vergleich zwischen den Grafen von Wirtemberg und der Stadt Eßlingen v. 1450 [77]): „Es soll auch diese be-

---

75) Diese letztere Bestimmung verdankt ihren Ursprung einer Erinnerung der Städte zum Landfr. v. 1389, in Folge welcher zum §. 24 der Zusatz hinzugefügt werden sollte: Ist yeman gulte oder zinsen schuldig, die soll man reichen als bisher (nämlich ohne besondere Mahnung u. s. w.); Hette auch yener briefe darüber derselbe mag sîner brieffe und rechte genießen. Dieser ist dann im Landfr. v. 1398 §. 6. a. E. so gefaßt: „Wenn auch jemand dem andern Zinse, Gülte oder verbriefte Schuld schuldig, welcherlei die weren, darumb mag jedermann seiner Kundschaft, Besesses und Rechten gebrauchen und genießen, und seinen brieffen nachfolgen als sie außweisen."

76) Lehmann Speier. Chronik B. 7. C. 93. p. 908.

77) Datt de pace publ. p. 128.

richt vnd tayding an laibgedingen, ewigen gülten, pfandschaften oder andern verbrieften oder wissentlichen Schulden baiderſit einem jeden vnvergriffentlich vnd sein gerechtigkeit behalten sein, ongeverde."

Unter kundlicher, redlicher, unläugbarer, wissentlicher Schuld kann an allen diesen Orten wohl nichts anderes verstanden werden, als eine Schuld, für welche solche Beweise vorlagen, daß der in Anspruch genommene Gläubiger ihr nicht durch seinen Eid entgehen konnte. So sehen wir also wie selbst die Reichsgesetzgebung gegen Ende des 14. Jahrhunderts eigentlich zu dem Standpunkte des altgermanischen Rechtes zurückgekehrt war. Denn wegen Schuld, die nicht in obigem Sinne kundlich und wissentlich war, nicht auf gerichtlicher Zusage beruhte, nicht unter Bürgen Bestellung in Gegenwart von Zeugen gelobt war, mochte auch früher eine Pfändung, wenn sie gleich nicht verboten war, wohl selten vorgekommen sein. Schrittweise sehen wir die Reichsgesetzgebung von dem unbedingten Verbote der Pfändung, wie es schon in den Carolinger Zeiten ausgesprochen war, zurückweichen. Wie dieses gekommen, scheint nicht so schwer zu erklären. Es wird sich, wenn man die Geschichte deutscher Institutionen verfolgt, oft ganz Aehnliches zeigen. Wir müssen mit großer Vorsicht zu Werke gehen, wenn wir uns aus den Verboten und Geboten der gesetzgebenden Gewalt ein Bild von dem wirklich vorhandenen Rechtszustande machen wollen. Die Gesetze waren nicht blos ein sanctionirtes Gewohnheitsrecht: auch in jener fernen Vorzeit, aus welcher unsere ältesten geschriebenen Quellen stammen, suchte man die Bedürfnisse der werdenden Entwicklung zu erkennen, denselben durch Anordnungen zu entsprechen, wenn gleich oftmals mehr ein das Nothwendige findender Takt, als ein ausgebildeteres, die Verhältnisse in ihrem Zusammenhange begreifendes Bewußtseyn, dabei geleitet haben möchte. Allein Gesetze sind in jener Zeit oft nur als ein Ausspruch dessen zu betrachten, was als das Vernünftige, Nothwendige erkannt worden war, nicht dessen, was sich im Leben nur mit Kraft bewährte. Die maaßlose Freiheit, von der man wohl einsah und fühlte, daß sie nicht Grundlage irgend eines Rechtszustandes sein konnte, der man Schranken zu setzen bemüht war, sie ergriff mit unwiderstehlicher Gewalt den Einzelnen, wenn er

selbst sich betheiligt sah. In jedem Einzelnen, wie in der Gemeinheit, kämpften zwei entgegengesetzte Principien, in deren Kampf sich die Gestaltung der christlich-germanischen Staaten entwickelt hat. Die Gesetze zeigen uns daher oftmals, welchen Weg die Fortentwicklung einzuschlagen in Begriff war und was, bei der Zähigkeit des Widerstandes, oft nach manchen Jahrhunderten erst zur wirklichen unbestrittenen Herrschaft gelangte. Mit Erstaunen nehmen wir bei den Verfolg der Geschichte germanischer Staaten oft wahr, wie Institute, die wir den schriftlichen Zeugniß der Gesetze vertrauend, längst als aufgehoben, erloschen erachten müssen, Jahrhunderte später in Wirksamkeit sind, als wären sie niemals angefochten worden. Diese Wahrnehmung konnte dann auch möglicher Weise auf das Recht wegen Schuld zu pfänden angewendet werden. Es wäre möglich, daß dasselbe, der Verbote ungeachtet, noch in Gebrauch geblieben war; scheint es doch hier und da selbst von den Autoritäten in Schutz genommen zu seyn. Wenn nämlich König Luitprand „jeden seiner Unterthanen um kundliche Schuld zu pfänden" ausdrücklich gestattete (s. Note 50), so hat er wohl, in Hinblick auf die entgegenstehende Carolingische Gesetzgebung, einen besondern Rechtsgebrauch seines Volkes aufrecht erhalten wollen. Es läßt sich aber das Fortbestehen des Pfändungsrechtes wegen Schuld, das Wiederaufleben desselben in den Reichsgesetzen, auch noch in anderer Weise erklären, wodurch das Vorbemerkte keineswegs aufgehoben wird. In den kleinern Kreisen, die in einer engeren Gemeinschaft unter einander, durch gemeinsame Verpflichtung gegen einen Herrn, oder durch freie genossenschaftliche Vereinigung standen, hatte das Recht gegen früher an Kraft gewonnen; aber so wie früher der freie Mann sich widerstrebend oftmals der Rechtsordnung fügte, gestützt auf den Beistand seiner Freunde und Genossen, so daß es im einzelnen Fall fast vom Zufall abhängen konnte, ob Recht oder subjectives Belieben den Sieg davon tragen würde, so zeigte sich dieses Verhältniß nun in Beziehung auf jene Rechtsgemeinschaften gegen einander und der Personen, die verschiedenen Gemeinschaften angehörten. In einer oft schwierigen Lage, die theils aus dem Sinn der damaligen Zeit, theils aus den Rechtsinstitutionen selbst hervorging, befand sich z. B. schon der Bürger einer Stadt, der in einer

andern ein Recht zu suchen hatte; doch forderte es hier das eigene Interesse zu sehr, einige Abhülfe zu gewähren, die durch Verträge, Bestimmungen in den Stadtrechten erreicht wurde. Aber wo Standesverschiedenheit hinzukam, die vom Adel das Niederwerfen von Krämern für ritterlich Handwerk erachteten, wo die Herren und Ritter selbst, und die Gemeinden unter einander im Streite befangen waren, da fehlte es oftmals, wenn auch nicht an Erkenntniß des Rechtes und an rechtlichen Institutionen, wohl aber an der Möglichkeit, dem Rechte Geltung zu verschaffen. In einem solchen Falle blieb im Interesse des Rechtes selbst kaum etwas anderes übrig, als es dem Verunrechteten zu überlassen, sich selbst sein Recht zu nehmen. Dieses ist der Gesichtspunkt, aus welchem das Fehderecht des Mittelalters betrachtet werden muß. Man sieht leicht, wie fern es dem Gedanken lag, daß es für den freien Mann keine Zwangsgewalt gäbe, der er sich zu fügen rechtlich verpflichtet sei; aber wo die Gewalt sich factisch als unzulänglich erwies, da überließ man es dem Betheiligten, sich selbst sein Recht zu schaffen. Er war hier gleichsam selbst der Arm des Gesetzes. In jenen Zeiten, wo auf dem Wege ständischer Gliederung und Abschließung, und gemeinheitlicher Sonderung, die germanischen Länder einem auf neuen Grundlagen beruhenden, einheitlichen Staatsleben entgegengeführt wurden, mußte die Gesetzgebung, deren Aufgabe es seit Jahrhunderten gewesen war, den stolzen Trutz des freien Mannes zu beschwichtigen, zu beschränken, niederzuhalten, wiederum die Selbsthülfe in vollerem Maaße als Rechtsmittel anerkennen. So kann es nicht überraschen, die Pfändung, die vielleicht nie so beseitigt war, als der Wortlaut der Gesetze es wohl annehmen ließ, wieder mehr und offener hervortreten zu sehen. Sie fand vorzüglich in dieser Weise wohl statt, wo Schuldner und Gläubiger einen verschiedenen Gerichtsstand hatten, die Erlangung des Rechtes unsicherer, zweifelhafter war. Daher erklärt es sich auch, wie gerade die Reichsgesetze, die vorzüglich den Landfrieden erhalten und befestigen sollten, das Pfändungsrecht wie das Fehderecht anerkannten, und ihm gewisse Formen und Regeln setzten; wie ein Gleiches in Verträgen geschah, die verschiedene Herren und Gemeinden zu gleichem Zweck mit einander schlossen, während in den Statuten fast nie mehr da-

von die Rede ist oder es nur als unzulässig erwähnt wird. Zwar sehen wir (vgl. Note 75), daß es die Städte, die Kaufleute vorzüglich waren, welche gegen die Verordnung sich erhoben, durch welche ein strenges, oder mehr noch promptes Schuldrecht gehemmt zu werden drohte, aber es war weniger das Pfändungsrecht selbst, für welches sie sich verwendeten; denn in den Städten selbst, wo die richterliche Hülfe zur Hand war, bedurfte es dessen weniger; ihre Erinnerung galt den Förmlichkeiten, den Terminen, welche die Reichsgesetze für die Mahnung des Schuldners vorschrieben. Sie protestirten dagegen, daß dieses auf kaufmännisches Schuldwesen einige Anwendung leiden sollte. Der Kaufmann war, wie mindestens nach vielen Rechten der Zinsmann, seine Schuld „einzubringen" verpflichtet, wenn sie fällig war; und sie konnte, wenn sie unzweifelhaft war, mit richterlicher oder außergerichtlicher Hülfe nun sogleich beigetrieben werden.

Ehe die Reichsgesetze selbst das Pfändungsrecht wieder in dem weiten Umfang anerkannten, wie es in dem Reichsabschied von 1442 (s. Note 74) geschehen ist, suchte man sich durch die s. g. Pfändungsclausel zu helfen. Da bei der angedeuteten Beschaffenheit des Rechtszustandes die Erlangung seines Rechtes, wenn man sich dasselbe nicht selbst holen konnte, nicht selten sehr unsicher war, so mußten die strengen Verbote der Pfändung, durch allgemeine Gesetze, oftmals als eine drückende Beschränkung der Selbsthülfe erscheinen. Man ließ daher den Schuldner in der Schuldverschreibung, auf die Sicherheit, die ihm jenes Verbot gewährte, verzichten, indem er dem Gläubiger ausdrücklich gestattete, sich ohne Recht das Seinige zu nehmen. Zwar erhielt der Gläubiger dadurch nicht die Gewißheit, daß der Schuldner sich auch ohne Widerstand zu leisten ruhig würde auspfänden lassen, allein ein Widerstand war nun keine rechte Gegenwehr, sondern enthielt einen Wort- und Gelöbnißbruch, und die freiwillige Unterwerfung unter das Pfändungsrecht gab dem Gläubiger die Sicherheit, daß, wenn er sich selbst zu seinem Rechte zu verhelfen suchen würde, er nicht als Räuber, Dieb oder Friedensbrecher würde angeklagt werden können. Nach unseren Rechtsansichten würde freilich ein Vertrag, wodurch ein bestimmt verbietendes Gesetz umgangen werden soll, nicht jene Wirkung ha-

ben können. Die Häufigkeit der Pfandclausel hat denn wohl dahin geführt, daß die Pfändung, die nun ohne Gefahr dem Strafgerichte zu verfallen vielfach vorgenommen wurde, immer mehr als rechte Selbsthülfe erschien, so daß jene Clausel mehr zur Bedeutung einer bloßen Form herabsank, und nicht eigentlich ein materielles Recht mehr gewährte. So wird dann zunächst in dem Landfrieden von 1389 das Pfändungsrecht wegen „kuntlicher — unläugbarer Schuld" als zulässig gleichsam vorausgesetzt, ohne daß die frühern Beschränkungen ausdrücklich aufgehoben worden wären. Da aber eine solche ausdrückliche Aufhebung des allgemein lautenden Pfändungsverbotes der ältern Reichsgesetze auch nachmals nicht erfolgt ist, und mit unzweifelhafter Bestimimmtheit nur in Betreff schuldiger Zinsen und Gülten, so wie solcher Schulden, bei welchen man sich freiwillig der Pfändung unterworfen hatte, eine Beschränkung des Verbotes eingetreten war, da ferner zur Zeit der Errichtung des ewigen Landfriedens im J. 1495 den Juristen die Selbsthülfe auch dann, wenn sie sich auf Vertrag gründete, vielfach anstößig erscheinen mußte, so erklärt es sich bei dem damaligen Stand der Dinge zur Genüge, wie man sich über ein Gesetz in Bezug auf die Pfändung nicht einigen konnte, so daß „die Versammlung der Stände etwas irrig" wurde [78]), und namentlich zunächst das Fürstencollegium, dem sich dann aber auch die Städte anschlossen, einen von dem Kaiser vorgeschlagenen Artikel ablehnten — und gesetzt wurde, —: daß dieser Landfried niemand an seinen Verschreibungen nichts abbrechen noch zugeben soll [79]).

Es war somit weder die Zulässigkeit der Pfändung wegen Schuld bestätigt, noch deren gänzliche Unzulässigkeit ausgesprochen. Es sollte vielmehr der Inhalt der Verschreibung die Rechte des Gläubigers bestimmen, d. h. darauf gesehen werden, ob diese eine Erlaubniß zur Pfändung enthielten, oder nicht. Man hat zwar auch die Erklärung versuchen wollen, daß die Bestimmung des Landfriedens sich nur auf die bereits vorhandenen, mit einer Pfändungsclausel versehenen Schuldurkunden bezöge, nicht auf die etwa künftig noch auszustellenden; allein in einem solchen

---

78) Datt de pace publ. V. 1. p. 784.

79) Landfrieden v. 1495 §. 9. Senckenberg Thl. II. S. 5.

Falle würde man offenbarer mit einem Verbote des Pfändungsrechtes überhaupt, unbeschadet des Bestandes der bereits vorhandenen Schulddocumente, hervorgegangen sein, und es würden Kaiser und Stände, wenn man in der Hauptsache so einig gewesen, sich wohl auch leichter über den vorgeschlagenen Artikel verständigt haben. Somit war man eigentlich zu den Stand der Dinge im J. 1301 (s. Note 70) zurückgekehrt. Ob eine außergerichtliche Pfändung stattfinden konnte, hing von dem Inhalt der Verschreibung ab. Die Pfändungsclausel erhielt aber dadurch wieder eine größere Bedeutung, indem sie dem Gläubiger nicht blos ein Recht, was er schon besaß, bestätigte, sondern ihm ein wirkliches Mehr gewährte. Die spätere Reichsgesetzgebung hat hieran weiter nichts geändert. Was die spätern Reichsgesetze über die s. g. Pfändungsconstitution enthalten, bezieht sich auf die Pfändung wegen Besitzstörung unter Reichsunmittelbaren [80]. Daraus ließe sich nur folgern, daß die Reichsgesetze also auch noch später, Pfändungen nicht absolut als unzulässig ansahen; was aber von keinem großen Belang ist, weil von der Pfändung zum Schutz des Besitzes, wovon unten die Rede sein soll, kein Schluß auf die wegen Schulden zu machen ist. Unter den Juristen ist es dann aber streitig geworden, ob die Pfändungsclausel ein Pfändungsrecht begründe, oder nicht vielmehr der, welcher ein solches geltend zu machen suche, der Strafe, mit welcher das Römische Recht die unerlaubte Selbsthülfe bedrohe, verfalle? Kopp [81] insbesondere, Puffendorff [82] u. A. haben die fortdauernde Zulässigkeit und Kraft der Pfändungsclausel vertheidigt, und auch in neuerer Zeit hat Eichhorn [83] und ihm folgend Phillips [84] wenigstens an-

80) Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze Bd. 10. S. 2386—2446. Gail Abhandlung de pignorationibus, welche seinen Observ. angehängt ist.

81) Kopp de pignoratione conventionali §. 18.

82) Puffendorff Obs. f. V. N. 62 p. 247 führt einen Fall aus dem 18. Jahrh. an, wo in Folge einer solchen Schuldverschreibung wirklich eine Pfändung vorgenommen worden.

83) Eichhorn Deutsch. St. u. R. Gesch. §. 450. Maurenbrecher d. Pr. S. 1. §. 175. sagt, indem er sich dabei auf dieses Citat aus

erkannt, daß der Landfrieden von 1495 keine Aufhebung jener Clausel enthalte. Die Mehrzahl der ältern Juristen hat sich aber gegen die Zulässigkeit des schriftlich eingeräumten Pfändungsrechtes erklärt. Die Gründe, auf welche sie ihre Ansicht stützen, sind freilich so allgemeiner Natur, daß man daraus, mit einigen ältern stricten Anhängern des Römischen Rechtes, alle und jede Pfändung, sei es wegen Schuld, sei es aus einem andern Grunde, für unzulässig erklären müßte. Denn sie gehen davon aus, daß alle Selbsthülfe bei uns in der Regel schlechterdings verboten sei und daß aus den Pfändungen Gefahr thätlicher Handlungen entstehen könne. Nichts desto weniger hat die Ansicht dieser Rechtslehrer [85]) entschieden das Uebergewicht erhalten. Denn wenn sie auch nicht in der Lage der Gesetzgebung begründet war, so stimmte sie doch mit der Richtung, welche die Rechtsentwicklung und Staatengestaltung nahm, zusammen. In diesen lag aber eben die Tendenz, die Selbsthülfe immer in engere Schranken zurückzudrängen; das Recht sollte nicht nur in, sondern allein, soweit Störungen vorfielen, auch nur durch den Staat und die von der höchsten Gewalt gesetzten Obrigkeiten bestehen. Trotz der schwachen Gründe, die sie aufstellten, mußte sich der Sieg für die Juristen, welche das Pfändungsrecht anfochten, entscheiden, nicht sowohl weil diese Ansicht das Römische Recht, als vielmehr weil sie den Geist der Zeit für sich hatten. Unter diesem Einfluß haben aber die Praktiker, indem sie sich für treue Anhänger und Diener der gemein beschriebenen Rechte hielten, sich ihrer eigenen Sendung oftmals unbewußt, gearbeitet; haben den Buchstaben des Gesetzes, der ihnen eben so unwillkürlich und in guten Glauben unter den Händen eine andere Gestalt annahm, mit dem Leben versöhnt und verschmolzen, oder doch ein solches Ergebniß vorbereitet. Diese Art ihrer Wirk-

---

Eichhorn bezieht (!), daß die Reichsgesetze das Recht des Gläubigers, den Schuldner zu pfänden, aufgehoben haben.

84) Phillips deutsch. Pr. Recht. Bd. 1. S. 409.

85) Selchow: de reliquiis juris manuarii §. 18 in seinen Electis juris germ. (Lips. 1771.) p. 329. Struben rechtl. Bedenken. S. 674 in Spangenb. Ausg. III. S. 302. Danz deutsch. Pr. Recht. Bd. 2. S. 356 ff. u. AA. —

samkeit war aber gerade die Grundlage ihrer Bedeutung, ihres Ansehens. Durch den usus modernus haben sie uns einer Zeit entgegengeführt, die Vergangenheit und Gegenwart, jegliches in seiner Bedeutung, und beide in ihrer Verbindung zu begreifen sucht, in welcher es sich als das bewußte Ziel deutscher Rechtswissenschaft hervorstellt, die verschiedenartigen Elemente unseres Rechtszustandes zu einem Ganzen zu gestalten; und so wie aus dem erstorbenen Körper des heiligen römischen Reiches deutscher Nation — ein Reich bewußter und gewollter deutscher Volksgemeinschaft sich zu erheben angefangen, so wird auch ein deutsches Recht sich fester und bestimmter gestalten, welches freilich nicht wie das s. g. gemeine Recht ein Aggregat von Rechtssätzen liefert, für deren Anwendbarkeit die Vermuthung streitet, das aber die Grundlage aller deutschen Landesrechte sein wird, wodurch bei vielleicht größerer formeller Abgeschlossenheit die materielle Einheit und Uebereinstimmung wieder um so mehr hervortreten dürfte.

II. Pfändung wegen Zinsen.

Da der Pfändungsclausel ihre eigentliche Bedeutung genommen war, und man ihr nur noch die Wirkung gab, daß ein Gesuch um bedingte oder unbedingte Zahlungsbefehle dadurch begründet wurde, so war damit die Pfändung wegen Schuld nun völlig zur Antiquität geworden. Damit war aber das Pfändungsinstitut noch keinesweges untergegangen, wenn gleich eben jene Verhältnisse, welche den Untergang dieser einen Pfändungsart herbeigeführt hatten, auch auf die übrigen Arten nicht ohne Einfluß bleiben konnten. Dieses hat sich aber dahin geäußert, daß manche ihre Eigenschaft als Institute des gemeinen Rechts verloren und nur als particularrechtliche sich erhalten haben, während der Gattung der Pfändung, deren Gemeingültigkeit im Allgemeinen unangefochten geblieben ist, nämlich der Pfändung wegen Schadens, zum Theil eine andere Bedeutung gegeben worden ist und ihr wohl auch die Fesseln einer dem Institut ungünstigen Auffassung und beengenden Interpretation angelegt worden sind.

In den deutschen Volksrechten und in den skandinavischen Rechtsquellen ist von Pfändungen wegen Zinsen und Gülten gar

nicht die Rede. Ob man sie stillschweigend als zulässig annahm, läßt sich nicht bestimmen. Zuerst wird das Pfändungsrecht wegen derselben im Sachsenspiegel ausgesprochen [86]): „**Die herre mut wol panden uppe sime gude umme sin geld, dat man ime von sime gude gelovet hebbet, on des richters orlof**", — und ähnlich im Schwäbischen Landrecht und anderen Rechtsbüchern. In diesen Stellen wird aber überall vorausgesetzt, daß die Pfändung „auf dem Gute", „dem Eigen und Lehen" des Pfändenden geschehen sei [87]). So wie in den Landrechtsbüchern ein gutsherrliches Verhältniß unterstellt wird, so in den städtischen Statuten und den Stadtrechtsbüchern ein

---

86) S. Sp. I. 54.

87) Schwäb. Landr. c. 336. Zusatz. (b. Schilter c. 67.) Eyn jeclich man mag wol pfenden uf sime gute da man yme pheninge von git. ane der richters urlop. §. 2. Werth aber man ime das pfand und ist das gut sin. er nymet es überhaupt ein pfant mit rechte. Andere Codd. u. Ausg. f. überhaupt mit rechte mit gewalt. — Kaiser Ludwigs Rechtsb. (v. Freiberg Sammlung. Bd. 4. S. 439.) art. 145. Ez mag ain iglich man wol pfenten auf sinem guot umb sein gült, und umb seins guotz recht an fronboten und im selban schaden. — Augsb. Stat. v. 1276. art. 383. (b. Walch S. 382.) — es en mag auch ein man in seinen häusern oder in seinen gädmeren oder auf andrem seine gut wohl pfenden dieweil Jener bei ihm ist aun des Burggraven boten, um seinen Zinss, komt aber jener von ihm so soll er dem Burggraven klagen. — Rechtsb. n. Dist. III. 14. d. 7. (Ausg. v. Ortloff p. 163.) Keyn man mag selber gepfenden ane gerichte, ane uf syme eygen adder uf syme lehen; do phent he selber wol vor sinen zcins. Daz pfant mac er yeme selber anbiten, und mac es vorkummern ane gericht, so das er in hen nach wise. Dass. II. 4. Dist. I. (p. 117.) Mitet eyner eyn husz zcu zcinse, eyn iar adder me, den zcins sal her geben zcu rechten zcinstagen, also in lande adder in wichbilde in alder gewonheyt ersaczt ist. Tut he des nicht, so sol en der herre adder sin bote, der sin brodesse ist, phenden ane gericht. Sust mag nymant den andern phenden ane gericht. Auch nach den Leobschützer Willkuren konnte man pfänden ohne Gericht um: howscins adder um kammerczyns yn synem houze, während alle andere Pfändung ohne Gericht für Frevel erklärt war, wofür man 30 Sch. büßen sollte. S. Böhme Dipl. Beitr. II. S. 22. vgl. mit S. 17. a. E.

Miethsverhältniß[88]). Allmählig tritt dann auch das Pfändungsrecht wegen Zinsen, die nicht mit einer Eigensgewere an dem Grundstücke verbunden waren, mehr hervor[89]). Es ist dieses namentlich in dem Goslarischen Stadtrechte und mehr noch der Fall in dem Freibergischen. In dem letztern werden Rente (erbecins) und Miethe (yarcins)[90]) genau aus einander gehalten, während im erstern unter der Benennung Hauszins bald Miethe[91]), bald Renten verstanden wird, so daß man bei mehreren Artikeln, zumal da sie fast durch einander laufen, zweifelhaft bleiben kann, ob sie von dem Rechte eines Eigenthümers oder Rentengläubigers reden. Es kann dieses aber zu manchen Fehlschlüssen in Beziehung auf die Rechte der Rentengläubiger überhaupt Veranlassung geben[92]). Für uns steht so viel fest, daß nach den

---

88) S. die vorige Note und Leges Goslarienses. Van Hustinse c. 8. Leibnitz scriptt. Brunsw. III. p. 492. Weme sin hustins wert entstettet (versessen) de mach dene panden uppe der were, vint he over nicht to pandene — so schall he seck des huses underwinden mit gerichte, und schall seck dat laten egenen — cf. c. 11—13, 16—22, 24.

89) Freiberg. Stadtrecht Tit. 1. n. 20. b. Schott Sammlung zu den deutsch. Land- und Stadtrechten Th. 3. S. 157. — welch man erbecins hat an eime huse der mac pfenden ane gerichte ab he will — n. 28. (p. 160.) Ein iklich man der erbecins hat, der hat gewalt und recht zu pfendene an der stat da sin erbecins lit, was he da vindet oder wes is ioch ist, daz nimit he und pfendit iz vor sinen erbecins mit rechte. iz in sal, noch in mac im zu rechte nimant ir wern.

90) Freib. Stadtr. a. a. O. n. 29. Hat ein man iarcins an eime huse oder woran iz ist, daz heizet iarcins daz man aller iereglich vermitet — — der cinsmeister (der Eigenthümer) mac onch wol pfenden vor den cins —.

91) Z. B. Leges Gosl. l. c. c. 18. Offt men uppe der were nicht en vint tho pandene de de (?) denne wor den tins, so mach men den werd eder de werdyn en de dat erve ghemedet hefft wol davore upholden.

92) So werden auch gewöhnlich zwei Stellen angeführt, — aus den Leg. Brunsw. (b. Leibnitz l. c. p. 436.) §. 25. Svelick man heft husgelt he mot wol darinne panden, sunder gerichte, und aus den Legg. Cellens. v. 1301. (das. p. 483.) §. 20. Hevet en man husgelt, he mot wol darumme panden vor sinen tins sun-

Stadtrechten des 13ten Jahrhunderts das Pfändungsrecht für Zinsen und Gülten, auch wenn der Zinsmeister nicht zugleich Eigenthümer war, als zulässig ausdrücklich anerkannt war, und in den Reichsgesetzen des 14ten Jahrhunderts ist dasselbe für alle Geld- und Naturalprästationen, sie mochten die Natur einer vogteilichen Abgabe, eines vorbehaltenen Zinses, einer gekauften Rente u. s. w. haben, gestattet.

---

der gerichte; — um das Recht des Rentengläubigers, zu pfänden, darzuthun, während man beide fast eben so gut blos von dem Vermiether verstehen kann. In dem Rechtsbuch nach Distinct. (II. 41. Dist. 6 — 11.) sind fast nur solche Artikel aus dem Goslarschen Stadtrecht aufgenommen, die von dem Pfändungsrecht des Eigenthümers handeln, und die Hauptstellen, die nur vom Rentegläubiger verstanden werden können (Gosl. Stadtr. a. a. O. Art. 8, 11, 12.), sucht man vergebens. In der Dist. 7. (vgl. Gosl. Stadtr. a. a. O. Art. 19.) heißt es zwar: Nymant mag gepfenden vor den huszczins wen der des daz eygen ist, adder sin gelt doruffe hette in gerichtes saeczunge, adder sin gesinde etc. Der Zweck der noch weiter ausgeführten Stelle ist, zu bestimmen, daß statt des Berechtigten auch einer seiner Dienstleute, und in gewissen Fällen auch ein Bevollmächtigter (des frunde eyner — dem er sin macht daran getan habe) pfänden kann. Albrecht hat diese Stelle vorzugsweise benutzt, um das Pfändungsrecht des Rentengläubigers darzuthun. (Von der Gewere S. 159.) Die Worte: adder sin gelt doruffe hette, schienen mir aber bei Lesung der Stelle im Zusammenhang ein Glossem zu sein, und in dieser Ansicht werde ich dadurch bestärkt, daß sie in dem Eisenacher Rechtsbuch Art. 33. (b. Ortloff p. 712.) fehlen. Aber auch in dem Artikel desselben Rechtsbuches, der aus dem Rechtsbuche nach Dist. a. a. O. Art. 10. entnommen ist, worin es heißt: Wil einer pfenden, vor sin huzzins ader andern czins, fehlen die letzten Worte. Daher dürften vielleicht auch diese Worte ein Zusatz sein. Wir möchten aber daraus schließen, daß dem Bearbeiter des Eisenacher Rechtsbuches eine Recension des Rechtsb. n. Dist. vorgelegen, worin jene Zusätze nicht gestanden haben; und vielleicht kann man noch weiter gehen und darin auch eine Bestätigung der Vermuthung (s. Ortloff in seiner Ausg. d. Rechtsb. n. Dist. p. XXVII.) finden, daß dem Verf. des letzgenannten Werkes andere Texte des Gosl. Stadtrechtes, worin das Pfändungsrecht des Rentegläubigers noch weniger bestimmt hervortrat, vorgelegen haben. Bei einer genauern Untersuchung der Quellen könnte dieses vielleicht mit zum Fingerzeig dienen.

So unzweifelhaft aber dieses Recht nun hergebracht und dann auch durch die geschriebenen Rechte anerkannt war, so fand man es dennoch oftmals nicht für überflüssig, dasselbe in Vertragsurkunden noch besonders zu erwähnen und einzuräumen. So hatte im J. 1288 der Graf Adolf v. Holstein dem Hamburgischen Domcapitel 13 Mensen verkauft, sich aber die Gerichtsbarkeit und gewisse Abgaben vorbehalten; in der Verkaufsurkunde [93]) heißt es auch: **Praeterea persona capituli praefata bona percipiens habebit autoritatem colonos instituendi et destituendi, prout sibi in praefatis videbitur expedire et pandandi huram suam seu pignora recipiendi cum emenda debita tempore suo, quando sibi praedicta hura non fuerit persoluta.** Hier sollte offenbar, da Pfändung sonst ein Act der Gerichtsbarkeit war, und diese sich der Graf vorbehalten hatte, das Domcapitel um so mehr gegen die mögliche Anschuldigung gesichert werden, daß es sich (wenn es nur seine Forderungsrechte in erlaubter Weise geltend machte) einen Eingriff in die Jurisdiction des Grafen gestattet hatte. — In einer Urk. v. 1359 aber heißt es [94]): **Were es aber, das wir das nit entehetten und welchs jars wir versessen, dass wir den Pfacht nit engeben, als vorgeschrieben steht, so mag Wellen oder sein vorgenannten sein kind pfenden uf egenannten Gude, als des Landes Recht u. Gewohnheit.** Ferner noch in einer lüneburgischen Urkunde von 1369 [95]): **Unn ok late ick den vorbenomden Heren in dem salven dorpe to Sommerbeke unn mynen anderen veer Hoven neghen Schilling Geldes, de se upboren scolen alle jarlikes in dem Markede sünte Michael. Were dat men de den nicht en gheve, so scollen se unn mogen de neghen Schillinge ute den veer Hoven panden edder ut enemme, de on aller ghedelikest were.** — Diese Urkunden sind zugleich ein Beleg dafür, wie wenig bis in die spätere Zeit durch das in Verträgen hervorgehobene Pfändungsrecht dem

93) Staphorst Hamburg. Kirchengesch. Th. 3. S. 749.

94) Kopp de jure pignor. convent. p. 14.

95) Verlassungs-Urk. Otto Groten's in der Deduction der Abtei St. Michael in Lüneburg. Anh. N. 58.

Gläubiger ein wirkliches Recht eingeräumt wurde, das er nicht schon ohnehin besaß.

Während aus den städtischen Statuten das Pfändungsrecht wegen Miethe und Renten später verschwindet [96]), wird es wegen aller auf ländlichem Gutsbesitz ruhenden Prästationen, als eine auf Recht und alter Gewohnheit beruhende Befugniß, in Landesgesetzen des 15ten, 16ten, 17ten Jahrhunderts den Berechtigten ausdrücklich eingeräumt. Vorzüglich wurde es in Verträgen zwischen Landesherren und Ständen, diesen letzteren als eine ihnen zustehende Berechtigung, zugesichert [97]). Puffendorf [98]) hat eine ganze Reihe solcher Stellen aus Gesetzen und Landtags-

---

96) So war auch z. B. den Bürgern von Paris dasselbe durch ein besonderes Privilegium zugesichert worden, während es sonst untergegangen war; Consuetud. Paris. urb. illustr. p. C. Molinaeum tit. 2. §. 63. (p. 112.) Intra urbem et primariam leucam potest dominus censualis ab reliqua census trium annorum et infra pignorare mobilia in domibus censuariis existentibus.

97) Z. B. Vertrag zwischen Herzog Heinrich und dem Rath der Stadt Braunschweig a. 1483 in Rehtemeyer's Braunschw. Chronik Th. 3. C. 53. S. 728. Ock mogen de Borgere panden oehre Meigere umme oehre Maldere, Tinse, Schuldt up oehrem Gude in unser Hershop, dar oehn des tho doende is, unde darby fahren, dese Pandes-Recht iss, alse dat van older gedan hebben unde des van der Herschop besorget sin; unde uppe dersülven Hoefen schullen unse Ampts-Lude. Vogede. effter Denere nicht panden. Der Zweck dieser Vergleichung ist noch nicht, etwa einen Zweifel darüber zu haben, ob dem Zinsberechtigten und namentlich dem Gutsherrn ein Pfändungsrecht zustehe, sondern nur die Gefahr der Anschuldigung eines Eingriffes in eine fremde Gerichtsbarkeit zu beseitigen.

98) Puffendorf de jurisdictione germ. P. III. Sect. 3. c. 3. §. 9—17. p. 759—769. — Eine der neuesten solcher Urk., die derselbe mittheilt, ist eine Stelle aus dem Hoya'schen Landtagsabschied v. 1679. §. 4: Wie sie aber dennoch laut der von den Beambten eingelegter bei den Acten befindlicher Bericht, das Pfandrecht zu exerciren, fast durchgehends befugt, also wollen Wir ihnen insgesammt dasselbe über solche ihrer Guts-Leute dergestalt gönnen, daß um bekanntlicher Zinse, Dienste, Pächte und anderer dergleichen praestandorum halber sie gedachten Pfandrechtes gegen besagte ihre Guts-Leute auf deren Höfen sich gebrauchen, und dadurch zu den ihrigen verhelfen mögen.

abschieden aus den Braunschweig-Lüneburg-Hannoverischen Landen, aus dem Hildesheimischen, aus Holstein, Ravensberg, Osnabrück, der Grafschaft Mark und Cleve theils wörtlich mitgetheilt, theils nachgewiesen, und andere Autoren bezeugen dasselbe in Beziehung auf andere Gegenden [99]). So dürfen wir wohl annehmen, daß die Pfändung wegen versessener Zinsen u. s. w. bis ins 16te Jahrhundert hinein als gemeines Recht in Deutschland betrachtet wurde, und wo, etwa bis zu Ende des 15ten Jahrhunderts hin, in Urkunden und dgl. das Pfändungsrecht für Zins noch besonders bestätigt wurde, hatte man dabei einen andern Zweck vor Augen, als Zweifel gegen die Zulässigkeit einer solchen Pfändung, die damals noch nicht Platz gegriffen hatten, zu beseitigen. In derselben Weise aber, wie durch die Juristen das Pfändungsrecht wegen Schuld überhaupt beseitigt worden, würde dieses auch mit dem wegen Zinsforderung geschehen sein, wenn nicht theils die Zinsberechtigten, als Gutsherren, zugleich zum Theil auch die Gerichtsbarkeit über die Pflichtigen gehalten hätten, so daß die Pfändung hier als eine Ausübung derselben aufgefaßt werden konnte, und theils durch die Erwirkung besonderer Landesgesetze und durch Verträge im Besitz ihrer Gerechtsame sich zu behaupten gewußt hätten. Diesen ausdrücklichen Bestimmungen war denn nicht mit dem Satze beizukommen, daß die Selbsthülfe unerlaubt sei, daß die Strafe, welche das römische Recht drohe, auch in Deutschland als anwendbar erachtet werden müsse [100]). Man konnte nicht weiter

---

99) Scheplitz Consuet. March. Brand. (Lips. 1661. fol.) P. IV. t. 21. §. 8. (p. 521.) — In der Brandenb. Constit. des Churfürsten Johann Georg Tit. 21. heißt es: Ob wohl der, welcher auf einem Hofe allein die Pächte und Zinse hat, sich daher keiner Gerechtigkeit eben derselben Höfe anzumaßen, so ist doch von Alters in unserem Lande daher hergebracht, daß der Pachtherr, wenn ihm seine Pachte und Zinsen zu rechter Zeit nicht gegeben werden, den Pacht- und Zinsmann selbst darum pfänden möge, dabei wir es nochmals lassen.

100) Stryck de jure pignorandi c. 2. §. 51. Posteriore casu si jurisdictio in rusticum alteri non competat, non putarem jure communi jus pignorandi indulgendum esse dem Pachtherrn, quippe ipse sibi privata auctoritate jus diceret, quod sub poena amissionis debiti et juris praetensi in jure nostro gravissime prohibi-

gehen, als daß man die Pfändungsbefugniß der Gutsherren, in so weit nicht zugleich die Zinspflichtigen auch ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen waren, als eine vom gemeinen Recht abweichende, in den besonderen Landesrechten und Gewohnheiten begründete Befugniß ansah. Und so ist die Sache bis auf den heutigen Tag geblieben [101]), nur daß durch die Wirkung eben derselben Gründe, welche den Untergang der Pfändung wegen Schuld herbeigeführt haben, das Gebiet jener als particularrechtlich geltenden Gerechtsame mehr und mehr verengt worden ist, und daher durch entgegenstehenden Gebrauch und Gesetze das Pfändungsrecht wegen Zins auch da abgeschafft ist, wo es früher eben so unzweifelhaft in den Rechtsquellen des Landes anerkannt war [102]). In gewisser Beziehung kann es aber als fortdauernd noch da angesehen werden, wo der Gutsherr kein Urtheil gegen den Pflichtigen zu erwirken braucht, sondern, auf die Rechtmäßigkeit seiner Forderung gestützt, richterliche Hülfe sogleich in Anspruch nehmen kann, um unter ihrer Mitwirkung die Pfändung zu vollziehen. Es ist dieses eine Modification des

---

tum per l. Si quis in tantam 7. C. unde vi; l. exstat 13. D. Quod metus causa. Videtur insuper alienam jurisdictionem violare, dum alienum subditum pignoratione ad id adstringere vult, ad quod per suum judicem vel magistratum adstringendus erat. Sed cum in ejusmodi materia semper inspiciendam sit, quo jure retro civitas in ejusmodi casibus fuerit usa etc. Dieses dann weiter ausgeführt in C. 3. §. 30 — 44.

101) Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 222. a. E. P. J. Heinecken principia juris colonarii reip. Bremensis. Gött. 1800. §. 59. Eichhorn D. Pr. R. §. 264. und Mittermaier §. 180: „Das nach älteren Gesetzen zustehende Selbstpfändungsrecht kann, wenn nicht ein Landesgesetz dies Recht anerkennt, nicht mehr ausgeübt werden, da es eine Art Selbsthülfe enthält." Daraus würde aber die Nichtexistenz eines gemeinrechtlichen Pfändungsrechtes überhaupt folgen.

102) So z. B. in Sachsen: Haubold Sächs. Privatr. §. 474. 476. Sachse Herzogl. Sächs. Privatrecht §. 632: — „Das Recht, durch Pfändung oder andere Selbsthülfe den Zins einzuziehen, steht dem Zinsherrn überall nicht mehr zu." Scheplitz Consuet. Brand. XXI. §. 8. sagt aber noch: es sei nach sächsischem Recht keinem Zweifel unterworfen, daß der Gutsherr, auch ohne zuständige Jurisdiction, wegen Zinsen und Dienste pfänden könne.

Pfändungsrechtes, wie wir sie auch aus den ältesten Quellen des deutschen Rechtes (s. Note 25.) kennen gelernt haben. Wo von Unzulässigkeit außergerichtlicher Pfändung geredet wird, wird oft weiter nichts darunter verstanden, als daß der Gläubiger, ohne daß eine Rechtsverhandlung statt findet, den Beistand von Gerichtspersonen in Anspruch nehmen soll. Es haben diese Reste des Pfändungsrechtes wegen Zinses sich auch nur im Gebiet der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse erhalten, und nicht nur das Pfändungsrecht des Rentekäufers in den Städten, sondern auch des Vermiethers ist erloschen. Es erklärt dieses sich aber daraus, daß das römische Recht zuerst in den Städten feste Wurzel faßte, und man daselbst, worauf schon hingedeutet worden [103]), bei näherer und prompter Justiz der Selbsthülfe weniger bedurfte. Man suchte dafür keine Privilegien, wie es die auf den Landtagen erscheinenden adeligen Grundbesitzer thaten. Es ist daher das Pfändungsrecht wegen Zinsen, wie es mit dem wegen Schuld schon früher der Fall war, aus den städtischen Statuten verschwunden; wo aber in denselben noch etwas davon stehen geblieben war, meinten die Juristen, es sei damit nichts anderes gemeint, als das Recht sich an die invecta und illata zu halten, und es sei bei dem Pfänden zu subintelligiren mit Hülfe des Richters [104]); was sich wohl geltend machen ließ, da man eben keinen erheblichen Widerspruch dabei fand.

Wir haben aber bisher in Bezug auf das Pfändungsrecht wegen Zinsen einen Punkt unberührt gelassen, der für unsere Erörterung von besonderm Interesse ist. Wir meinen das rechtliche Fundament desselben. Nach der ganzen Weise, wie die älteren Juristen das deutsche Recht behandelten, konnte von der Aufsuchung eines solchen keine Rede sein. Sie betrachteten das Recht, wegen Zinsen zu pfänden, für eine juristische Abnormität, aus statutarischer Willkür hervorgegangen. Albrecht hat es zuerst aus dem Wesen des deutschen Rechtes, und zwar, wie bemerkt worden, aus der Gewere herzuleiten gesucht [105]); und es hat seitdem die Ansicht Eingang gefunden, daß die Gewere

103) S. oben S. 205.

104) Stryck l. c. c. 3. §. 32 sqq.

105) S. oben S. 174.

an Grundstücken das Fundament der Selbsthülfe ist, soweit sie im Ergreifen von Sachen, in der Entwerung eines Andern ohne Gericht bestand. Es hätte, wie ich glaube, schon früher manches Bedenken gegen diese Ansicht sich regen müssen, wenn man die Pfändung wegen Schuld überhaupt, als ein veraltetes Institut, nicht zu sehr unbeachtet gelassen hätte. Man hat sich keine Rechenschaft darüber zu geben gesucht, ob dieses Pfändungsrecht schon in dem Wesen des altgermanischen Rechtes begründet war, oder ob es erst später, etwa im 13ten oder 14ten Jahrhundert, durch das Aufkommen der Pfändungsclausel entstanden sei. Man scheint dieses Letztere indeß fast vorausgesetzt zu haben. Die obige geschichtliche Darlegung dürfte nun aber die Sache in das gehörige Licht gestellt haben. Da aber die Pfändung wegen Schuld gerade in der Wegnahme einer Sache aus fremder Were bestand [106]), so ist klar genug, wie der Grundsatz, in der Gewere eines Grundstückes sei auch die der fahrenden Habe begriffen, nicht zum rechtlichen Fundament der Pfändungslehre gemacht werden kann. Es bleibt freilich noch ein gewisser Ausweg übrig, um dieser Argumentation zu entgehen, nämlich zwischen den Pfändungen zu unterscheiden. Die Pfändung für Schuld überhaupt würde dann als eine Pfändung gleichsam gegen die Gewere, die für Zinsen und Schadenszufügung oder Besitzstörung als eine Pfändung auf Grund der Gewere erscheinen. Nun findet sich freilich auch, daß jene selbst schon in mehreren Volksrechten als unerlaubt erklärt wird, während diese alle Jahrhunderte hindurch als zulässig erscheint, und also jenen Verboten nicht unterlag. Wir brauchen wohl nicht zu fürchten, daß man noch weiter gehend auch vielleicht sagen wird, jene allgemeinen Verbote der Pfändung sollten einem Mißbrauch, einer stets als unzulässig betrachteten Gewalt begegnen, während die Pfändung, welche aus der Gewere hervorging, allein ein rechtliches Institut

106) Die Bestimmungen des nordischen Rechts, daß nicht innerhalb des Hofzaunes gepfändet werden soll (s. Note 33. 35. 36.), dürfen hier nicht mißleiten. Erstlich können dieselben nur als particulare Beschränkungen betrachtet werden, deren Grund nahe genug liegt; ferner ist damit nicht die Pfändung auf fremden Grundstücken selbst, sondern nur innerhalb des Hofes, der die Wohngebäude umgab, ausgeschlossen, nicht auf den Feldern und dem übrigen Besitzthum.

war. Gegen eine solche Behauptung spricht nicht nur das Zeugniß der Volksrechte, worin wir diese Pfändung als ein gebräuchliches Institut finden, sondern nicht minder die Fassung der sich wiederholenden Verbote selbst, in welchen es klar genug ausgedrückt ist, daß sie die Beschränkung eines wirklich zustehenden Rechtes enthalten; es spricht dagegen, daß dasselbe auch im M. A. gegen die Verbote offener wieder hervortrat und weitern Raum wieder gewann. Das freilich soll und muß hier zugegeben werden, daß die Gesetzgebung dem Pfändungsrechte gerade in solchen Fällen weniger entgegentrat, wo es vom Inhaber einer Gewere ausgeübt wurde. So war unter den ganz allgemein lautenden Verboten des Pfändungsrechtes offenbar das nicht mitbegriffen, welches wegen zugefügten Schadens an Grundstücken auf denselben geübt wurde, denn dasselbe wird neben jenen Verboten, als etwas durchaus Zulässiges, in denselben Rechtsquellen erwähnt; die Pfändung wegen Zinsen und Gülten aber ist die älteste Ausnahme, welche auch die Reichsgesetze von ihrem Verbote machen, und in anderen Rechtsquellen des 12ten und 13ten Jahrhunderts, welche die Pfändung wegen Schuld stillschweigend und ausdrücklich ausschließen, kommt jene als übliches Institut vor. Auch soll nicht verschwiegen werden, daß in eben diesen Quellen gerade darauf hingedeutet war, daß die Pfändung wegen Zins, eben *weil* und *wenn* sie in der eigenen Were geschah, zulässig war [107]). Wenn wir aber nun dieses Alles zugeben und selbst hervorheben, so kann daraus nicht etwa gefolgert werden, daß das germanische Recht zwei an sich verschiedene Institute gekannt habe, die zwar mit demselben Namen bezeichnet werden, die auch sonst sehr vieles mit einander gemein haben, namentlich daß die Regeln für die Ausübung des Pfändungsrechtes z. B. rücksichtlich des Objects, der Behandlung desselben und sonstigen Benehmens hier wie dort dieselben waren, dennoch aber in der Weise verschieden, daß das eine dieser Pfändungsrechte gleichsam ein Ausfluß der Gewere, ihrer Heiligkeit und Unverletzlichkeit war, während das andere darauf beruhte, daß man unter gewissen Verhältnissen jene Heiligkeit nicht zu achten brauchte, und sich durch Wegnahme einer Sache aus der-

107) S. oben Note 87.

selben Recht verschaffen konnte. Es würde sich dabei die Sache auch sonderbarer Weise so stellen, daß eine Verletzung fremder Gewere schon bloßer Schuldforderung wegen erlaubt war, während man sich für Schadenszufügung nur innerhalb seiner Gewere Recht verschaffen durfte. Niemand wird an zwei in dieser Weise verschiedene Pfändungsinstitute glauben; dann aber bleibt wohl kaum etwas übrig, als zuzugeben, daß die Pfändung in ihrer Grundlage mit der Gewere nichts gemein habe. Eine Beziehung zwischen beiden, wodurch man zu der Ansicht verleitet werden konnte, daß die eine in der andern wurzele, trat erst hervor, als man dem Pfändungsrechte engere Gränzen zu setzen suchte. Es blieben nun gewisse Ausnahmen übrig, und zu den Gründen, worauf diese sich stützten, gehörte auch, und zwar als ein Umstand, der vorzüglich mit in Betracht kam, daß die Pfändung innerhalb der eigenen Gewere vorgenommen war. Es bedarf nicht einmal einer Berufung auf eigenthümlich germanische Ansichten von der Heiligkeit der Were, um es natürlich zu finden, daß dem Manne in seinem Hause und Hofe, selbst in Bezug auf Fremde und deren Habe, ein Benehmen gestattet sein konnte, was außerhalb und in dem Umkreis einer fremden Were fortan als unerlaubt betrachtet wurde; es liegt doch an sich schon ein geringeres Maaß der Gewalt darin, wenn ich Personen, Thiere, die sich gleichsam in meine Hände gegeben haben, festhalte, als wenn ich in fremde Behausung eindringe, um dort etwas in meine Gewalt zu bringen, oder als wenn ich sie auch nur auf das Gebiet eines Dritten verfolge, wodurch leicht neue Conflicte von Rechten, neue Beeinträchtigungen und Schadenszufügungen entstehen könnten.

Die älteren germanischen Gesetze hatten vorzugsweise den Zweck, Kampf und Blutvergießen möglichst zu beschränken. Solches war aber bei der Pfändung aus fremder Were am meisten zu besorgen. Zwar war der Widerstand bei einer jeden in gesetzlicher Form vorgenommenen Pfändung unerlaubt; woraus sich zugleich, was für unsere ganze hier aufgestellte Ansicht von der größten Wichtigkeit ist, ergiebt, daß sich Albrecht's Meinung [108]) widerlegt, der den Widerstand des Gepfändeten nur

108) Albrecht v. d. Gewere S. 21. 74.

darum für unerlaubt erklärt, „weil er sich und seine Sache in fremder Were befand und er also nicht dem gleich zu achten war, der seine Gewere gegen fremde Gewalt erlaubter Weise vertheidigte" 109); allein man wußte auch wohl, wie bei der trotzigen Kraft der Germanen solche Verbote oftmals wenig ihren Zweck erreichten. Rief der in seinem Hofe zu Pfändende seine Hausgenossen zur Hülfe, war der Pfänder, so etwas ahndend oder fürchtend, schon nicht ohne eine für diesen Fall mitgenommene Begleitung hingegangen, so war Kampf und Todtschlag, wie sie damals zur Tagesordnung gehörten, da. Hieraus ergiebt sich, warum bei manchen Stämmen und besonders unter den eine festere Staatenordnung begründenden Carolingern die Pfändung, ein sonst herkömmliches Institut, so bestimmt verboten wurde und die Landfrieden gerade dieses Verbot aufnahmen. Solches war aber nicht zu besorgen, wenn etwa Vieh eingetrieben wurde, das auf fremdem Grundstück begriffen wurde, wenn man den, der dort in einem unerlaubten Handeln betroffen ward, aufhielt, um ihn zu Erlegung eines Pfandes zu nöthigen; es fand sich ein solcher meist schon in einer Lage, daß ein zu solcher Gewaltthat, wie sie oben beschrieben war, führender Widerstand weniger zu besorgen war. Eine Pfändung in der eigenen Gewere erschien daher allerdings als weniger bedenklich, und wenn Ausnahmen des allgemeinen Verbotes der Pfändung, wo solche aufgestellt waren, hervortraten, so war es natürlich, daß zu denselben solche Pfändungen gehörten, die auf eigenem Grund und Boden vorgenommen wurden. Doch reichte dieses noch nicht zu, um eine Ausnahme zu rechtfertigen. Nirgend finden wir etwas, was darauf hindeutet, daß man z. B. das Vieh seines Gläubigers, das man in seiner Were traf, für andere Schuld als des angerichteten Schadens wegen festhalten konnte; so we-

---

109) Gegen diese Ansicht Albrecht's spricht auch: Schwäbisches Landrecht (Ausg. v. Schilter art. 67. von der Lehn, Anhang z. cap. 336. §. 2.): Werth aber man ime das phand und ist das gut sin. er nyemet es überhaupt ein phant mit rechte. S. Note 87. §. 3. Unde ist das gut nicht sin; so sol er dem richter klagen. der sol ime phant antworten. und sol er dem richter büssen. unde auch sinem herren dass er ime phant verseite.

nig war dieses gestattet, als man seinen Miethsmann um andere Schuld als den Miethszins pfänden durfte. Es scheint mir fast, als könne es keinen bessern Beweis dafür geben, daß das Pfändungsrecht, wo es zulässig war und in der eigenen Were geschah, nicht daraus abgeleitet werden kann, daß die Gewere an Grundstücken auch die, der darin befindlichen fahrenden Habe umfaßt. Es muß also bei der ausnahmsweise zugelassenen Pfändung noch etwas Anderes hinzugekommen sein. Bei der Pfändung besonders von Thieren wegen Schadenszufügung kommen noch ganz eigenthümliche Verhältnisse in Betracht, die wir unten näher kennen lernen werden; aber abgesehen von diesen gehörte zur Rechtfertigung jeder Pfändung innerhalb der Were, also auch wegen versessener Zinsen, ein besonderer qualificirter Rechtsgrund. Dieser ist dann eigentlich das erste und wesentlichste Moment; daß es in dem Umkreis des eigenen Grundbesitzes geschah, das secundäre Moment, worauf das Erlaubtsein einer solchen Pfändung beruhte. Von der Pfändung wegen Schaden wird unten die Rede sein; was die wegen Zinsen betrifft, so wird im Sachsenspiegel — der ältesten Quelle, worin derselben erwähnt wird — vorausgesetzt, daß sie gegen den Hintersassen von dem Gutsherrn auf eigenem Grund und Boden geschehen war. Der Hauptgrund, weshalb man hier eine Pfändung für zulässiger hielt, als bei anderer Schuld, scheint mir theils in der Liquidität der Forderung gelegen zu haben, die sich auch darin ausspricht, daß der Gutsherr und Vermiether seine Forderung mit seinem Eide erhärten konnte [110]); theils

110) S. Sp. I. 54. §. 3. Tins mut de herre — bat behalden den is de man besaken moge, unde tegedan dat selve an deme gude, dar die man uppe sit. — Stat. Goslar. l. c. c. 4. En man beholt sinen tins bat up den hilligen, denne me om des entseggen moge. — Stat. Brunsw. III. 25. (b. Leibnitz III. p. 442.) — Rechtsb. n. Dist. II. 4. Dist. 3. Eyn iczlich herre ist neher sinen zcins zcu behalden uf sinen hindersessel adder zcinsman, wen om der zcinsman entgen moge, zcu den heyligen. He mag ouch uf en nicht mer behalden, wen eynen iarzcins — —. — Magdeb. Schöppen-Urteile b. Böhme Dipl. Beitr. VI. p. 97. — Leobschütz. Stadtr. b. Böhme l. c. II. p. 21. vgl. Albrecht de probationib. P. I. p. 13. An anderen Orten konnte man nur halbjährigen Zins beschwören. Hil-

durch die Dringlichkeit derselben begründet worden zu sein [111]). Zinsen, vor allen solche, die als Aequivalent für den Fruchtgenuß eines Grundstückes gegeben wurden, sollten besonders prompt und zur rechten Zeit bezahlt werden [112]). Die Strenge, womit man darauf hielt, giebt sich durch den Rutscherzins kund, einer verhältnißmäßig so hohen Buße, wie sie ein anderer säumiger Schuldner wohl nirgends zu entrichten hatte [113]). Als die Reichsgesetze die Pfändung wegen verbriefter oder kundiger Schuld überhaupt wieder aufnahmen, nur dabei ein mehrfaches vorhergehendes Anmahnen zur Pflicht machten, wurde dabei rücksichtlich der kaufmännischen Schulden und der versessenen Zinsen und Gülten eine Ausnahme gemacht. Daß man die Pfändung gegen Zinsleute für zulässiger und weniger bedenklich hielt, wurde auch dadurch veranlaßt, daß, wenn auch durch das Wohnen auf dem Grund und Boden eines Andern kein Eintritt in einen eigent-

---

desh. Stadtr. b. Puffendorf. Obs. IV. p. 295. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. II. S. 352.

111) Rigische Recht II. 27. (b. Oelrichs p. 19.): Huishure, gare Kost und vordient Loin geit vor alle andre gemene schult.

112) Hamb. Stadtr. v. 1270. I. 9. b. Anderson I. p. 32. So we syn Erve verhüret id sy an Husen, id sy an Sarden, so we dat hüret, de schall sine Hüre geven to rechter Tiet, beklaget men ene darumme so schall he de Hüre geven binnen twer Nacht. — Es beruht dieses aber auf einer allgemeinern Regel: IX. 14. Umme leende Penninghe unde bewysede Penninghe schall me jewelken Manne dachdingen over tweer Nacht — mer um Schuld — schall mere dachdingen erst aver XIIII Nacht. cf. Jus Lubec. a. 1235. b. Westphalen Mon. T. III. p. 6. art. 158. Statut. Brem. a. 1303. Ord. 93. (b. Oelrichs p. 121.) Rigische Recht II. 14. Statut. Verdens. 51.

113) S. Sp. I. 54. §. 2. Schw. Sp. art. 336. — Der versessene Zins stieg nach Tagen und selbst Stunden (s. darüber die Stellen b. Grimm RA. S. 387.), während bei anderer Schuld erst nach Ablauf eines Gerichtstermins (14 Tage gewöhnlich) die Bußfälligkeit oder die Steigerung derselben eintrat. S. auch Donandt Gesch. des Brem. Stadtrechtes Bd. 2. S. 324. N. 32., woselbst Nachweisungen Brem. Urk., welche zweifache Erlegung verordnen. Rig. Recht IV. 16. (b. Oelrichs p. 30.) — gifft he nicht sinen worttyns tho beschedener tydt, und verklagt men em darumb, so soll he dens worttyns tweschott geven.

lichen Hofverband statt fand, doch immer ein gewisses Verhältniß der Unterordnung begründet wurde; selbst in den Städten scheint in der Zeit der Ausbildung des Bürgerstandes etwas der Art statt gefunden zu haben, was sich wohl daraus erklärt, daß Vollbürgerthum und Besitz einer städtischen area mit einander zusammenhing und nur die kleinen Leute es waren, die zur Miethe wohnten, und so als städtische Hintersassen unter einem gewissen Patronat ihres Miethsherrn gestanden zu haben scheinen. Das Gildenwesen der Handwerker und Kleinbürger machte dem ein Ende.

Wiewohl Dunker[114]) der Ansicht Albrecht's[115]) widersprochen hat, daß beim Rentenkauf eine gewisse Nachbildung des gutsherrlichen Verhältnisses statt fand, oder, wie man es vielleicht auch fassen konnte, daß man die Grundsätze von vorbehaltenem Grundzins und der Miethe (die Ausdrücke: Erbzins, Hauszins, sind auch dieselben) auf die gekauften Renten und aufgelegten Zinsen übertragen habe, so habe ich mich doch von dem Gewichte der gegen Albrecht vorgebrachten Beweise nicht überzeugen können, da ja doch auch dieser annimmt, daß eine Umbildung vorgegangen und man das Institut selbstständiger, seinem eigentlichen Wesen gemäß gestaltet habe, so daß statt der Gewere an dem Grundstück selbst, die man anzunehmen geneigt war, später eine Zinsgewere deutlicher hervorgetreten sei. Aus dem erklärt sich dann auch die Uebertragung des Pfändungsrechts auf Renten und Gülten, selbst, wo man ein solches wegen anderer kuntlicher Schuld nicht zuließ. Ehe wir diesen Gegenstand verlassen, ist auch noch Eines zu erwähnen. In einigen Statuten wird hervorgehoben, daß der Rentegläubiger den Miethsmann eines Grundstückes, worauf die Rente haftet, bis zum Belauf der Miethe pfänden kann, und dieser die Pfändung leiden muß[116]).

114) Dunker Lehre v. d. Reallasten S. 43 ff.

115) Albrecht v. d. Gewere S. 157 ff.

116) Stat. Bremens a. 1303. c. 115. (b. Oelrichs Gesetzbücher der Stadt Bremen S. 135.) — dhe rente scal men vorderen uppe dhen ghenen in dheme erve wonet also vere alse sine hure keret. dhe it huret heft. breke eme dhar wat an dhat scal he vorderen uppet erve. Hier ist freilich nur von einer For-

Albrecht 117) findet darin eine interessante Anwendung des Satzes, „die Schuld hafte auf Allem, was in der Gewere des Rentepflichtigen enthalten sei." Ich habe schon angedeutet, wie ich darin eher eine Bestätigung der Regel finde, daß der Rentegläubiger durch eigenmächtige Pfändung sich nur für seine Rente, wie der Vermiether für die Miethe bezahlt machen konnte, wenn gleich seine Forderung an den zu Pfändenden noch weiter

derung, nicht von einer Pfändung die Rede. Leges Goslar. van Hustinse §. 11. b. Leibnitz III. p. 492. Off eme sin tins wert untsettet, des he vullkomen mach alse recht is, we seck der were seder underwint up wert tho wonende den mach men panden vor tins. §. 12. Wenne schal nemande panden umme hustinse, denne den werd eder werdynne eder den dar in ghemedhet hefft, unde sulven uppe der were wonet, worde ok de inghemedede man umme mer tins es ghepandet denne wente uppe de tydt deme werde ghelovet hedde alse men one pandet dat scholde ome de wert irlegen unde dar ne möchte eme de wert nicht inne sitten. §. 13. Hefft en en wesent ghemedet in eme hus dar he sin korn eder ander dinck inne heft, unde sulven uppe der were nicht en wonet den ne mach me nicht panden an sime korne eder gude an mer tinses, denne alse vele tinses alse he vor dat wesent ghelovet eder vorschult heft went tho der tydt dat men one pandet. Aus dem §. 12. scheint fast zu folgen, daß der Miether für die ganze Rente sich die Pfändung mußte gefallen lassen und nur einen Regreß an den Wirth hatte. So nimmt es Albrecht a. a. O. Not. 404 a., sieht es aber zugleich „als eine Abweichung und Verkennung dessen, was aus der Natur des Verhältnisses folgt", an. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtrechts Bd. 2. S. 323. will dieses aber als die Regel und die Bestimmung der Brem. Statuten als die Ausnahmen nehmen. Der §. 13. des Goslarschen Stadtrechts möchte fast glauben machen, daß der vorhergehende §. etwas Anderes sagen wollte, als man hineinlegt. Es ist eine Unterscheidung gemacht, von der man nicht recht den Grund sieht: daß der Miether, wenn er selbst in dem Hause wohnt, für alle Renten, die an demselben haften, aufkommen soll, wenn er aber seine Waaren hineingebracht, nur für den Miethzins. Vielleicht sollte §. 12. dem Miether, der über seinen Miethzins gepfändet war, gar nicht den Anspruch gegen den Pfänder nehmen, sondern, um den Gang der Sache abzukürzen, ihm zugleich auch die Befugniß geben, sich an seinen Wirth, der ihm die Pfändung zugezogen, zu halten?

117) Albrecht a. a. O. S. 171.

ging, also ein ferneres rechtliches Interesse begründet war. Jene Bestimmungen dürften sich übrigens auch noch anders deduciren lassen, als aus einer die Mobilien mit umfassenden Gewere des Renteberechtigten. Es war ein Grundsatz des deutschen Rechts, daß man Niemand der Forderung wegen, die man an einen Dritten hat, pfänden kann [118]). Also in der Regel nicht den Schuldner des eigenen Schuldners. Von dieser Regel enthält nun der Sachsenspiegel die Ausnahme, daß man den Zinsmann wohl für Schuld seines Herrn pfänden kann, doch nur so weit, als eine Forderung vorlag, für welche der Herr selbst ihn würde pfänden können, d. i. für eines Jahres Zins [119]). Diese Bestimmung ist sowohl auf Pfändung durch den Fronboten, wenn der Grundherr sich einer solchen Pfändung ausgesetzt hatte, als auf die eigenmächtige zu beziehen. Daraus scheint sich mir nun zu ergeben, daß ein jeder Gläubiger auch wegen anderer kundlicher Schuld den Zinsmann und Miether seines Schuldners bis zu dem Belauf des Zinses oder der Miethe, für welchen dieser einem Pfändungsrechte unterworfen war, sofern ihm ein Selbstpfändungsrecht gegen den Schuldner zustand, pfänden oder doch pfänden lassen konnte; ähnlich wie bei uns eine Arrestanlage statt findet. Der jährige Miethes = oder Pachtzins war gewissermaßen dem Herrn schon erworben, und so fand hier eigentlich nur eine Pfändung am Vermögen des eigentlichen Schuldners statt [120]).

---

118) L. Rotharis c. 251. Nulli liceat alium pro alio quolibet debito pignorare excepto illo, qui gaphans esse invenitur id est coheres ejus proximior, qui illi ad hereditatem si casus evenerit, venturus est.

119) S. Sp. I. 54. §. 1. It en sal nen tinsman vor sinen herren pand dulden boven sinen tins, den he jarlikes geven sal. Schwäb. Ldr. (Ausg. von d. Lahr) art. 335. §. 1. K. Ludwig's Rechtsbuch K. 146. (b. v. Freiberg Sammlung hist. Schr. B. IV. S. 439.) Ez sol auch nieman dhainen pawman noch freysaessen oder der auf vogtay gesezzen ist, nicht pfenten noch nöten für seinen herren, nicht mer dann er dem herren schuldig ist, und auf daz zil, alz er ez durch recht gelten sol.

120) Das alte Stadtrecht von Nordhausen (etwa um 1300 verfaßt und mit der etwa gleichzeitigen Statutensammlung nicht zu

III. Pfändung wegen Schadenzufügung an Grundstücken und wegen Besitzstörungen.

a. Geschichtliche Entwickelung.

§. 1.

Ursprüngliche Bedeutung dieses Pfändungsrechtes.

Das ältere deutsche Recht beruhte nicht, wie oben bemerkt, auf der Sanction einer das Bindende, welches Staat und Recht enthält, auflösenden Freiheit, aber es lag ihm das Princip der Heiligkeit des freien Mannes, der Person, zu Grunde. Ein leicht verletzter Stolz war ein Grundzug des germanischen Volkscharakters. Schwer wurde nicht nur jede wahre Beleidigung empfunden, sondern in selbst unwillkürlichen Verletzungen war man nur zu geneigt, eine Nichtachtung seiner Rechte zu finden. Daher das wilde Aufbrausen der Germanen, welches vom kleinen Streite gleich zu den Waffen führte, daher der Durst nach Rache, der nicht aus einem unversöhnlichen Gemüth, nicht aus dem Wunsch und der Lust hervorging, sich an den Leiden des Gegners zu ergötzen, sondern zeigen sollte, daß man nicht ungestraft ihn mit Geringschätzung (sei es wahrer oder vermeinter) behandle, beurkunden sollte, daß man es weder mit einem minder beherzten, minder thatkräftigen, selbst an Mitteln und Freunden armen Mann zu thun habe; möglichst wollte sich der Germane seinem Beleidiger oder Feinde gegenüber als der bessere Mann bewähren. In dieser Denkungsweise findet auch das Institut der Bußen und des Wergeldes seine Erklärung. Daher aber auch im ältesten germanischen Recht, bei fortwährender Gewaltthat, bei sanctionirter Rache und Selbsthülfe, — welche bessere Rechtsinstitutionen ersetzen mußten, — ein gewisses ängstliches Abgränzen der Rechtssphären, wenn wir uns dieses leicht zu mißdeutenden Ausdruckes bedienen dürfen! In der werdenden Staatsordnung galt es als das Erste, das Aufeinanderstoßen die-

---

verwechseln: in den neuen Mittheilungen des Sächsisch = Thüring. Vereins Bd. 3. S. 40.) hat unter §. 35. folgende Regel: Nullus poterit pignorare, vel judicio obtinere aliqua bona, vel aliquas res, qui notorie non sunt illius, racione cujus fit pignoratio.

ser stolzen, selbstvertrauenden, zornlodernden, wildthatkräftigen Männer, die so schwer einer Unterordnung in eigenen Angelegenheiten sich bequemten, zu verhindern, und wo es geschehen war, zu schwächen und zu mildern. Daher die Tendenz jenes ältern Rechtes, auch dem, welcher sich nur beleidigt wähnen konnte, möglichst Genugthuung zu verschaffen. Es sollte dadurch nicht sowohl ein Fehderecht abgehandelt, als vielmehr einem Fehdeunrecht vorgebeugt werden. Darauf beruhen aber die von unseren Vorstellungen so abweichenden Grundsätze über das Tragen der Gefahr, über die Abgränzung des civilen und strafrechtlichen Unrechts. Wo jemanden irgend eine Verletzung, durch ein selbst willenloses Handeln oder durch die Sachen eines Andern, — für welche oft eine mit unseren Rechtsbegriffen streitende Haftungspflicht galt, — zugefügt war, mußte ihm Ersatz, und wo wir kaum einen solchen fordern, oft selbst auch Buße geleistet werden. Die Folgen der That fielen auf das Haupt dessen zurück, der dem Geschick, wenn auch nur als willenloses Werkzeug, entweder selbst gedient hatte oder zu diesem letztern in der nächsten Beziehung stand. Wurde eine solche Rechtsanschauung auch zugleich durch religiöse Vorstellungen getragen und gemildert, so diente sie nicht minder dazu, den Frieden zu erhalten. Es kann hier nicht der Ort sein, diese Grundsätze genauer aus einander zu setzen, und ihre allmählig fortschreitende Entwickelung und Annäherung an unsere Vorstellungsweise, wozu die Quellen reiches, unbenutztes Material enthalten, zu verfolgen. Es war aber eine Andeutung zu geben, weil das Verständniß des Pfändungsrechtes, mit welchem wir uns hier beschäftigen wollen, dadurch bedingt zu werden scheint. Es war dieses Pfändungsrecht überhaupt nicht die Folge eines abstracten Rechtssatzes, wie etwa, daß in der Gewere an Grundstücken auch die der darin befindlichen fahrenden Habe enthalten sei, und es enthielt dasselbe in seinen einzelnen Bestimmungen nicht eine Anwendung der aus jenem Rechtssatz sich ergebenden einzelnen Schlußfolgerungen. Es ist ja bekannt, wie eine gewisse Flüssigkeit der Begriffe, eben so das Charakteristische des deutschen Rechts ist, wie Starrheit des römischen, so daß hier gewissermaßen die logischen Rechtssätze die Verhältnisse bestimmen sollten, während dort mehr jenen zugemuthet wurde, sich diesen zu be-

quemen. Die Pfändung wegen Schadens ist aber ein Vermittlungs-Institut; Zugeständniß einer Selbsthülfe, wie es die eigenmächtige Wegnahme einer fremden Sache, um sich Recht zu verschaffen, immer war, aber nicht als einer ausnahmsweisen Ueberschreitung dessen, was sonst der Regel nach als zulässig erscheint, sondern Zugeständniß von Eigenmacht, um von dem Gebrauch einer weitergehenden Gewaltthat abzuhalten, um weiteren Rechtsverletzungen von der einen oder der andern Seite möglichst vorzubeugen. Daraus erklären sich nicht nur manche Eigenheiten dieses Institutes, die sich aus jenem Rechtssatz schwerlich ableiten lassen, sondern es wird auch begreiflicher, daß es unangefochten blieb, während man im Uebrigen durch offene Verbote dem Pfändungsrecht entgegentrat.

§. 2.

Die Thierpfändung des ältern germanischen Rechts.

Das Pfändungsrecht wegen Schadens fand aber in zweifacher Weise statt. Der Fall, dessen die älteren Rechtsquellen am häufigsten gedenken, worüber mannichfachere Bestimmungen vorkommen, ist der, wenn man fremdes Vieh auf seinem Grundstück, auf Acker, Wiese oder im Wald, überall, wo eine Schadenszufügung durch Abfressen oder durch Zertreten der Saaten u. s. w. möglich war, antraf. Diese Pfändung von Thieren wird in Niedersachsen auch Schüttung genannt. Es konnte in einem solchen Fall eine böswillige Verletzung vorliegen, indem jemand mit Vorsatz sein Vieh in die fremden Saaten getrieben hatte, oder eine ungefähre, sei es, daß man nicht sein Vieh in der vorgeschriebenen Hut gehalten, sei es, daß sich dasselbe verlaufen hatte, oder sonst dem Eigner keine Schuld zur Last fiel. Die ältesten Quellen unterscheiden schon diese Fälle, und die zu entrichtende Buße war verschieden, aber jedes Mal lag die Pflicht zum Schadensersatz vor [121]). Jeder Eigner haftete unbedingt

121) L. Rotharis c. 349. Si quis caballos aut armenta asto animo in messem alienam aut in pratum miserit — componat unum solidum pro capite, excepto damno. Sic tamen si pastor non ausus fuerit jurare, quod asto animo non misisset, et si ju-

für das, was durch seine Thiere geschah, erst allmählig trat hierbei manche Milderung ein; selbst die noxae datio, wenngleich auch ein deutsches Institut, war den älteren Quellen noch fremd. Die Dringlichkeit des Schutzes der Landwirthschaft, welche viele deutsche Rechtssätze hervorbrachte, selbst manche polizeiliche Anordnungen und Institute schon in früher Vorzeit ins Leben rief, mußte auch hier zum Begünstigen und Festhalten strenger Grundsätze beitragen. Daß das Pfändungsrecht darauf beruhte, hat Bischof Sunesen in folgender Weise ausgesprochen: Et idcirco ut studeat unusquisque animalia sua diligentius custodire, ne damnum inferant annonae sustentationi hominum conservandae, utilitati communi persuadente lege constat indissolubili constitutum, ut unicuique liceat animalia comprehendere, quae in messe sua repererit aliena et impune, donec per ea damni fiat restitutio retinere [122]). Es scheint aber ein älterer germanischer Grundsatz

raverit, sit absolutus a culpa, tantum damnum componat. cf. c. 350. Wisig. VIII, 3, 10. Burg. XXVII, 4. Sunesen L. Scaniae IX. 7. Multum refert quot animalia, et utrum domini voluntate, an domino nesciente, in agrum vel pratum veniant alienum. Si quidem aestimationi damni dati tres marcas numorum adjunget dominus, si gregem suum vel equitium ad minus XII capitibus constitutum, in agrum vel pratum cum cane et pastore dirigat alienum, vel consensu damnum datum duodeno inficiabitur juramento. Si vero casu, praeter domini voluntatem, constet a tot animalibus damnum datum, dato prius pignore, quod dimidiam marcam numorum valeat super aestimatione damni dati praestanda — a damno passo dominus animalia, quae damnum intulerant, consequetur. Im zweiten Fall wurde also keine Buße, sondern nur Schadensersatz geleistet; im erstern aber gewiß eine kleinere Buße, wenn es nicht eine ganze Heerde, sondern nur einzelne Stücke Vieh waren. Nach dem Sachsenspiegel II. 47. §. 1: Wenn man Vieh auf ein fremdes Privatgrundstück treibt, außer Schadensersatz für jedes Stück: 3 Schill. Buße; wenn es aber in eine fremde Mark oder Gemeindeland geschieht: 6 Pfen. Buße für das Haupt (§. 4.). So viel auch, wenn Vieh, weil man es nicht gehörig bewacht hat, auf einen fremden Privatacker lief (§. 2.). Nach Schwäb. Landrecht c. 225: Wenn man Vieh auf fremden Acker treibt, zweifachen Schadensersatz und 3 Schill. an den Richter, oder so viel als des Ortes Gewohnheit ist.

122) Sunesen leges Scaniae IX. 6.

gewesen zu sein, daß Rache (d. h. bei den Germanen immer Tödtung oder Verwundung des Gegners, wie es eben kam, denn eine talio war ihnen fremd) bei jeder nicht durchaus ganz unerheblichen Beleidigung im Augenblick, wo diese zugefügt war, durchaus zulässig sei [123]). Wenn dergleichen gegen Menschen gestattet war, so konnte es nicht im Princip des Rechtes liegen, daß es gegen fremdes Vieh — zumal da man die Idee des Friedens und Unfriedens ja auch auf die Thiere übertrug — unerlaubt gewesen sein sollte. Daher mag es allerdings in einer Zeit, die aber jenseits fast aller unserer Rechtsquellen liegt, gestattet gewesen sein, fremdes Vieh, welches man Schaden anrichtend auf seinem Felde fand, zu tödten. Bei den Angelsachsen hat sich dieses sogar erhalten, oder ist vielleicht wieder erweckt worden. In den Gesetzen Königs Ina heißt es [124]): „Das Wörthland eines Keorls soll im Winter und Sommer umzäunt sein. Wenn es nicht umzäunt ist und es bricht seines Nachbars Vieh durch seine eigene Oeffnung ein, so habe er kein Recht an dem Vieh; er treibe es aus und trage den Schaden." — Ferner [125]): „Wenn aber ein Rind das Gehege durchbricht und irgendwo hineingeht, und der, welchem es gehört, es nicht hal-

---

123) In der so merkwürdigen Graugans, wo von der Rache, wie in keiner andern germanischen Rechtsquelle, die Rede ist, wird u. a. gesagt, daß wegen eines Todtschlages oder schwerer Verwundung Rache (d. h. bußlose Tödtung) bis zum nächsten Allthing (allgemeinen Volksversammlung) erlaubt sei, wo man dann klagen müsse (Gragas P. II. p. 17.). Wegen eines Schlages, der Spuren zurückläßt, kann man sich rächen, so lange diese vorhanden (Gr. II. p. 16.). Bei anderen Schlägen ist nur Rache an Ort und Stelle gestattet (G. II. p. 15.). So in der Regel bei Wortbeleidigung (G. II. p. 127.), bei schwerer Eigenthumsverletzung, z. B. bei Erschlagen von Vieh eines Andern (G. II. p. 123.). Fast alle übrigen Nordischen Rechte, dadurch das Alterthümliche der Graugans noch mehr bewährend, gestatteten auch beim Todtschlag nur Rache an Ort und Stelle, es sei denn etwa, daß der Gegner zu einer Sühne sich nicht verstehen wollte. — Es soll davon weiter in dem Strafrecht der Germanen die Rede sein. Dem Aufmerksamen wird es nicht entgehen, daß sich hier ein Gebiet neuer Anschauungen eröffnet.

124) K. Ina Ges. c. 40. b. R. Schmid S. 23.

125) Das. 42. §. 1.

ten wollte oder kann, so nehme es der, welcher es auf seinem Acker trifft und erschlage es, und der Eigenthümer nehme das Fleisch und verliere das Andere." — Indeß kein anderes germanisches Recht gestattet mehr ein solches Verfahren[126]); denn wenn die Zulassung desselben wohl zum Schutz der Felder hätte dienen mögen, so mußte die Sorge für die Landwirthschaft doch auch darauf hinweisen, möglichst die Erhaltung und Schonung des Viehes zu befördern. So trat die Pfändung der Thiere an die Stelle der Tödtung derselben. Das Vieh, welches auf fremdem Boden Schaden anrichtete, sollte dadurch nicht mehr friedlos werden und das geringere, mildere Zwangsmittel (Pfändung) an die Stelle des härtern eintreten. Dieselbe Rücksicht, aus welcher verboten war, ganze Heerden, Zugvieh, ja möglichst Vieh überhaupt, wegen Schuld zu pfänden, hat auch hier geleitet. Zwischen diesen Interessen des Landbesitzers und des Vieheigners bewegt sich das Institut der Thierpfändung. Es sollte dem Grundbesitzer statt Tödtung des Viehes nur gestattet sein, dasselbe mit möglichster Schonung und Vorsicht heimzutreiben, um dann dadurch leichter und sicherer Ersatz des Schadens und Erlegung der Buße zu erlangen[127]). So stellt sich die Pfändung als eine Beschränkung der Rache hervor; als ein Institut, bei dem es nicht allein darauf abgesehen war, den Grundbesitzer sicher zu stellen, sondern nicht minder einen Scha-

126) Eine Hindeutung darauf findet sich noch L. Wisig. VIII, 3, 15. i. f. Quod si ille, cujus pecora sunt — ad aestimationem damni accedat, ut pecora relaxentur, et ille non adquiescat, volens pecora interficere etc.

127) L. Sal. em. X. §. 1. Si quis animal aut caballum vel quodlibet pecus in messe sua invenerit, penitus eum laedere non debet. §. 2. Quod si fecerit et confessus fuerit capitale in locum restituat, ipsum vero debile ad se recipiat. §. 3. Si vero confessus non fuerit et inde fuerit convictus ... solidos XV culpabilis judicetur, excepto capitale et delatura. Es enthalten die ältesten germanischen Rechtsquellen noch eine Menge von Vorschriften über absichtliche und unvorsichtige Thierbeschädigungen, die, wie aus den Worten oder aus der Stellung hervorgeht, auf den Fall zu beziehen sind, wenn man sie in seinen Feldern fand, z. B. l. Burg. LXIV. L. Bajuv. XIII. c. 12. cf. c. 8—11.

den von dem Vieheigner abzuwenden [128]). Daher wird auch in mehreren Volksrechten untersagt, Vieh, das man in seinen Feldern fand, mit Heftigkeit dasselbe jagend auszutreiben, weil bei der Beschaffenheit der Holzzäune dasselbe sich leicht aufrennen, oder in den Gräben, womit oft die Felder umgeben waren, zu Schaden kommen konnte [129]). Nur zuweilen blieb statt der Pfändung auch das Tödten oder Aneignen eines schadenden Thieres erlaubt. Vorzüglich war es der Fall, wenn man Schweine in seinen Feldern, Weiden u. s. w. antraf [130]). Diese geringere

---

128) Sunesen legg. Scaniae IX. 9. Licet licite animalia in alienis agris damnum inferentia comprehendi, non tamen perimi sed servari donec aestimatione praestita liberentur.

129) L. Wisig. VIII, 3, 13. Si quis caballum aut pecus alienum in vinea, messe, prato vel horto invenerit, non expellat iratus, nedum de dampno expellit, evertat: sed ad domum suam inclusurus adducat. — — Et si pecora dum per iracundiam immoderationis expellit, everterit, domino pecorum damnum simpla tantummodo satisfactione restituat, et sibi, quae debilitavit aut occidit, usurpet: si tamen ut quae evertit ante persolvat. Quod si pecora per casum, non culpa, dum expelluntur, debilitentur, aut pereant aut in sudes sive in palos, dum expelluntur, inciderint, dampnum solvatur ex medio, et quae superioribus legibus sunt statuta permaneant. c. 14. Si quis expellenti de frugibus pecora excusserit: si honestior est forte persona, det sol. V et duplum dampnum, quod fuerit aestimatum cogatur exsolvere etc. Vgl. insbesondere auch noch Jyt Low III. c. 52. (Ausg. v. Rosenvinge S. 385.)

130) L. Rotharis c. 355. Si quis in prato porcos fossas facientes invenerit unum aut plures, occidatur unus tantum, et non requiratur. c. 354. De porcis si in esca alterius paverint et inventi fuerint, si minus sunt decem, non occidatur nec unus de ipsis, sed ille, qui eos invenerit, teneat unum ex ipsis et habeat salvum et componantur ei per porcos siliquiae tres. Nam si supra decem fuerint aut usque ad decem, unus mediocris occidatur et non requiratur. Nam si minus decem fuerint et occiderit unum, reddat ferquidum, id est similem. L. Burg. XXIII. 4. Si cujuscunque porci damnum faciunt in vineis, pratis, messibus cultis, et silvis glandiferis, et admonitus porcorum dominus bis fuerit, ut porcos suos custodiat et noluerit, is cui damnum inferunt, occidendi de grege porcorum optimum liberam habeat facultatem, suis usibus vindicandum. §. 5. Quodsi conte-

Beschränkung der Rachebefugniß scheint aus der besondern Schädlichkeit dieser Thiere erklärt werden zu müssen; wozu dann bei anderen Thierarten auch noch, außer dem geringern Werth derselben, die Schwierigkeit ihrer habhaft zu werden kam. Im burgundischen Recht ist daher überhaupt gestattet, von dem kleinern Hausvieh ein Stück zu tödten, und in Bezug auf Rindvieh und Pferde wird dasselbe erlaubt, wenn nach wiederholter Pfändung dasselbe Vieh wieder in denselben Feldern gefunden wurde [131]). Auch der Sachsenspiegel und die verwandten Quellen sprechen von der Tödtung von Schweinen, Gänsen und anderen Thieren, die schwer zu pfänden sind, allein sie erlauben nicht, wie es früher zulässig war, gleichsam zur Rache eines solcher Thiere vorsetzlich zu tödten und es sich anzueignen, sondern gestatten nur, daß man dergleichen Thiere aus dem Felde jage, und sprechen den, welcher es that, von Verantwortung und Schadensersatz frei, wenn eines derselben dabei umkommt [132]).

---

status non fuerit, et porcum occiderit, solidum pro porco solvat, ita ut quot porci everterint, componatur. Das was dieses Gesetz Neues enthielt, scheint mir zu sein, daß erst eine zweimalige Warnung vorhergegangen sein sollte, ehe man eines der Schweine tödten durfte, während es früher schon beim ersten Male erlaubt war, wie auch in anderen Rechten. Vgl. auch l. Burg. Addit. II. 2. und tit. 20. l. Burg. tit. 64. — Die Vergleichung dieser Stellen scheint mir auch zu bestätigen, daß das Burgundische Gesetzbuch eine Compilation ist, in welcher man aus mehreren anderen ähnlichen Arbeiten veraltete Gesetzes-Bestimmungen neben den späteren corretorischen Gesetzen aufgenommen hat. — Auch im Upländischen Gesetzbuch (Wiþerb. B. c. 8. ed. Schlyter p. 226.) ist verordnet: Wenn Schweine im fremden Eichwald getroffen werden, sollen die Waldeigner (aldin karlaer) das beste Schwein nehmen und es unter sich theilen.

131) L. Burg. Add. I. tit. 2. c. 1. Proinde jubemus, ut quolibet tempore minora animalia, id est, capra, vervex aut porci in vineam inventa fuerint, unum de ipsis quotiens inventa fuerint, jubemus occidi, a vineae domino praesumendum. c. 2. Vacca vero post tertiam conventionem si in vinea inventa fuerit, occidatur a vinea domino similiter praesumenda. cf. tit. 62. Add. I. tit. 20.

132) S. Sp. II. 47. §. 3. Is dat ve sogedan, dat man't nicht indriven ne mach, also perd dat wrensch is oder gans oder ber,

Während das ganze Institut der Thierpfändung sich einigermaßen als ein Uebergang von der Rache zur Nothwehr (der wir nur im altdeutschen Recht nicht unsere engen Gränzen setzen, die wir überhaupt nicht ganz im heutigen Sinne des Wortes nehmen dürfen) darstellt, sehen wir, wie auch da, wo die Rache noch in Ausnahmsfällen erlaubt blieb, dieselbe durch die Nothwehr verdrängt wurde, woraus wir lernen, wie der Gang, den die deutsche Rechtsentwickelung im großen Ganzen genommen hat, sich auch in kleineren und untergeordneten Verhältnissen abspiegelt und wieder erkennen läßt. Im Interesse der Vieheigner galt es auch bei der Pfändung wegen Schaden, wie bei der wegen Schuld, daß man nicht ganze Heerden, sondern nur ein oder das andere Stück davon pfänden durfte. Bei einer Heerde wurde nämlich wohl die Gegenwart eines Hirten vorausgesetzt; war dieser aber nicht zugegen, so war ein provisorisches Eintreiben des herumirrenden Viehes, in welcher Zahl es auch sein mochte, in so fern dieses selbst zu seiner Erhaltung dienen konnte, ohne Zweifel gestattet, aber es konnte die ganze Heerde nie als Pfand zurückgehalten werden. Wiewohl die Pfändung den Grundbesitzer zu dem, was das Recht ihm zuerkannte, verhelfen sollte, würde man doch nicht mit Unrecht sagen können, es sei dieselbe für ihn nicht blos ein Recht, sondern in gewisser Beziehung auch

---

so lade he dar to tvene manne unde bewise en sinen scaden, unde volge deme ve in sines herren hus, unde scüldege ine darumme so mut he beteren vor dat ve, als of it gepandit were. (vgl. Rechtsb. n. Dist. II. 104.) II. 40. §. 5. Vret aver en man siner bure korn oder ander ire sat mit svinen oder mit gensen, die man nicht gepanden ne mach; hitzet man se denne mit hunden unde bitet se die hunde dot oder wundet se se, man blift is ane wandel. Aelteste Statutensammlung der Stadt Nordhausen (um 1300) c. 150. (s. Neue Mittheilungen des Sächsisch-Thüring. Vereins Bd. 3. S. 65.): Swelch unser burger eines andern burgers swin begrift in sime korne. di sal di swine hufsliche phende. un sal ume lazen sinen schadin ablegen. §. 151. Irsluge he aber ume der swine einez. Der gebe cehen schillinge etc. Dagegen im Sächs. Weichbild Art. 120: Fliegen auch Hühner in eines anderen Mannes Hauß und thun sie ihnen Schaden, er mag sie begreifen, und ihnen die Fittig abhauen und mag sie wieder heimsenden.

eine Last gewesen. Eine Last war es um so mehr, als der Pfänder nicht nur zur custodia der gepfändeten Thiere verbunden war, sondern bei dem genommenen Pfand (der Nahme) auch die Gefahr trug [133]), die bei dem gesetzten Pfand dem Eig-

133) L. Rotharis c. 257. Nulli liceat pro quolibet debito casam ordinatam tributariam loco pignoris tollere, nisi servum aut ancillam, vaccas aut pecora, ita ut ipsum pignus, quod tulit per custodiam salvum faciat usque ad praefinitum tempus — —. Etsi intra XX dies debitor pignus suum, justitiam faciens et debitum reddens non liberavit et post transactos dies XX contigerit ex ipso pignore mancipium aut quodlibet peculium mori, aut homicidium, aut damnum fieri, aut alibi transmigrare, tunc debitor in suum damnum reputet, quod sua pignora liberare neglexerit. Nam si intra XX dies servi aut ancillae mortui fuerint, aut peculium perierit, aut homicidium aut damnum dederit, ipse qui pignoravit, in suum damnum reputat et priori domino satisfaciat. Der Zweck des Gesetzes war vorzüglich die Zeit zu bestimmen, innerhalb welcher das Pfand ausgelöst werden und der Pfänder die Gefahr tragen mußte. Es sind darüber noch zu vergleichen: L. Rotharis c. 344. Luitprandi leges c. 110. L. Fris. Add. III. t. 9. L. Alam. t. 86. Im Burgundischen Gesetzbuch tit. 49. ist dieses durch eine besondere Constitution nach einer gewissen Billigkeit dahin ermäßigt, daß der Pfänder die Gefahr zur Hälfte tragen soll: — Si quis igitur caballos, aut boves, aut quaecunque animalia vicini aut consortis sui damnum sibi facientia ad domum suam claudenda perduxerit, ac sic ea, priusquam ad dominum ipsorum directus possit nuncius pervenire, incendii casus evertit, medietatem eorum clausor exsolvat, nihilque ab eo amplius postuletur. Auch im nordischen Recht finden sich dieselben Grundsätze wieder; der Gemeinverständlichkeit wegen will ich hier nur eine Stelle aus Sunesen's Paraphrase des Schonischen Gesetzes (IX. 11. cf. Skåne L. IX. 4.) anführen: Non licet quoque domino nolle animalia sua redimere comprehensa. Nam eo nolente comprehendens eum, ut redimat primo die missis duobus hominibus deprecetur — — —. Deinde procedens in jus cum suis testibus universis, universum rerum gestarum ordinem coram omnibus protestetur, talemque contra suum adversarium latam a judicibus reportet sententiam, ut in nullo teneatur de caetero de illis animalibus quicquid contigerit respondere — —. Im Upländischen Gesetz (Wiþerbo B. c. 7. §. 2. p. 225.) wird auch gesagt, wenn der Gepfändete es nicht gehörig auslösen will, so soll der Pfänder auf ihn die Verantwortlichkeit übertragen (þa laeggi hans warþnaeþ a), und wenn das

ner verblieb. Es fiel aber demnach auf den Pfänder nicht nur das zurück, was den gepfändeten Thieren geschah, sondern auch für jeden Schaden, den sie anrichteten, mußte er Ersatz leisten und Buße zahlen, wenn die Beschaffenheit des Falles einen Bußanspruch begründete.

Die Gesetze machen es nun freilich dem Pfänder zur Pflicht, von der Pfändung den Vieheigner sobald als möglich in Kenntniß zu setzen [134]), damit dieser in den Stand gesetzt würde, bald möglichst wieder in den Besitz seines im fremden Gewahrsam befindlichen Viehes zu kommen. Es lag aber eine solche Anzeige schon ohnehin im Interesse des Pfänders, wenn er redlich und ordentlich zu verfahren gedachte, da er dadurch des Verdachtes, das Vieh vielleicht heimlich oder trotzig zurückhalten zu wollen, entging, zugleich aber auch wünschen mußte, der Bewahrung der Thiere, woraus für ihn nur Verantwortung hervorging, ohne daß er sie benutzen durfte, entledigt zu wer-

---

Thier dann stirbt, so werfe er es hinaus und es werde nichts dafür bezahlt. Das Ostgothländische Bygda B. c. 17. §. 1. p. 208. setzt hinzu, daß der Pfänder dann nur noch für das verantwortlich sei, was dem Vieh durch seine Hand geschieht (þa varþar han egh siþan huat sum at þy kan koma firi utan sinum handvaerkum); es ist dieses, wie ich an anderm Orte nachweisen werde, der technische Ausdruck in den nordischen Gesetzen für das, was wir etwa culpa lata nennen würden. — Das Westgothländische Gesetz weicht, wie es scheint, von den übrigen ab, indem es den Pfänder von der Haftung für das freispricht, was dem Thier durch höhere Gewalt geschieht; es heißt daselbst Formanix B. c. 6. p. 64. Bei Vieh, das zur Fütterung übergeben ist (foþaer fae), bei geliehenem Vieh (leghu fae), anvertrautem Vieh (taekkiu fae) und gepfändetem Vieh (nam fae), soll man einstehen für alle Vernachlässigung (wangömsla pr. custodiae defectus): für Hunger und Strick (sult ok klavi), Berg und Brücke (biargh ok bro), Wasser und Sumpf (vatn ok dy), Wölfe und Diebe (varghi ok þiuvi). — Für das, was durch höhere Gewalt geschieht (ofaevli), soll man nicht einstehen; höhere Gewalt sind aber: Blitz, Feuer, Raub, Bären, giftiges Insect und Seuche (stingaer ok starvi).

134) L. Burg. XLIX. 1. 2. L. Wisig. VIII, 3, 15. Westgöta L. II. Fornaemis B. c. 30. (ed. Schlyter p. 204.). Skåne L. IX. 4.

den. Diesem seinem billigen Verlangen kamen nun aber die Gesetze entgegen: der Vieheigner konnte nicht, wie dieses sonst wohl der Fall war, beliebig ohne weitern Nachtheil das Pfand stehen lassen, wodurch dann der Inhaber berechtigt wurde, unter Beobachtung gewisser vorgeschriebenen Formen, sich durch Distraction desselben bezahlt zu machen, sondern es fand hier eine Zwangsauslösung statt, die möglichst ungesäumt geschehen mußte [135]). Bei einer Verzögerung ging die Gefahr nicht nur auf den Gepfändeten wieder über, sondern es wurde der Pfandinhaber selbst von der custodia befreit. Nach einer Vorschrift des longobardischen Rechtes brauchte er dem Vieh nicht einmal weiter Futter zu geben [136]); nach anderen Rechten konnte er es aber (nachdem der angerichtete Schaden und die daraus erwachsenen Ansprüche gehörig constatirt waren), unbekümmert darum, was aus dem Vieh werden möchte, aus seinem Hofe treiben [137]). Man sieht, daß, wo eine solche Anordnung getroffen ist, der Pfänder nach der Vorstellung des Gesetzgebers es fast wünschenswerther erachtet haben muß, der Verantwortlichkeit für das Vieh überhoben zu sein, als es zur Sicherheit für seinen Schadens-

135) S. Note 133. L. Burg. XLIX. 2. — — Nam si ille, ad quem animalia pertinebunt, admonitus fuerit, ut ea sicut ordo postulat taxata prius damni inlatione recipiat, idque facere in consulta abusione tardaverit, et dum intra clausuram retinentur casum mortis aut debilitatis incurrerint, nullam exinde calumniam, nullam solutionis dispendium is, a quo retenta fuerint, patiatur.

136) L. Rotharis c. 351. Si ille, cujus peculium est, tenens duratiam cordis, id liberare despexerit, tunc habeat ille id peculium, qui in damno invenerit, per novem noctes ei aquam tantum det, et de damno in hoc sit contentus, eo quod novem noctes ipsum peculium tenuit. Et si de ipsis peculiis aliquod mortuum fuerit, suae negligentia reputet, qui dispignorare neglexerit.

137) L. Wisig. VIII, 3, 15. — Et pro retentis triduo pecoribus nullam calumpniam inferre poterit, qui ad aestimationem venire neglexerit. Post triduum autem animalia dimittantur, et dimissis animalibus, si dominus eorum venire contempserit, pro contemptu ipso, inspicere noluit, juxta aestimationem testium in duplo cogatur exsolvere.

anspruch zurückzubehalten [138]). Bei der schleunig vorgeschriebenen Auslösung des gepfändeten Viehes brauchte nicht sogleich die ganze Sache definitiv abgemacht zu werden, sondern es genügte, wenn der Eigner dem Pfänder Bürgen setzte oder das genommene, essende Pfand gegen ein gesetztes, liegendes Pfand austauschte [139]). Besonders in den nordischen Gesetzen ist viel von dieser Setzung eines waeþ für nam die Rede. Es scheint dabei auf die Größe des so gesetzten Pfandes, nach manchen Rechten, gar nicht angekommen zu sein, indem es nur ein Zeichen dafür sein sollte, daß man einen Anspruch wegen des durch das Vieh angerichteten Schadens anerkenne, und ihn nach geschehener Schätzung berichtigen wolle [140]). Die Dänischen Gesetze weichen hier aber von den Schwedischen ab, denn nach diesen sollte sowohl das gesetzte, wie das genommene Pfand, wenn es nicht ausgetauscht wurde, zur Sicherheit für die Forderung in der Weise dienen, daß das Pfand dem Inhaber verfiel, wenn er wegen seines Schadens- und Bußanspruches, wo ein solcher vor-

---

138) Nach dem Burgundischen Gesetz XLIX. 3. sollte sogar, wenn der Eigner des Viehes unbekannt war und er sich nicht gemeldet hatte, dasselbe ebenfalls wieder ausgetrieben werden. Es geht aus dem Gesetze selbst hervor, daß diese Vorschrift im Interesse der Vieheigner gegeben ist; das Longobardische Recht l. Rotharis c. 348. bestimmt auch statt dessen, daß der Pfänder das gepfändete Vieh, so lange es nicht ausgelöst wird, wie sein eigenes gebrauchen kann, und nicht verantwortlich ist, wenn es inzwischen stirbt.

139) L. Rotharis c. 351. — — Et si in curte minaverit ille, cujus peculium est, roget eum, ut reddat illi, sic tamen, ut det ei pignus per ultimum valens siliquas III, aut certe fidejussorem sub tali titulo, ut damnum, quod arbitratum fuerit, componat, secundum fabulam, qualiter inter vicinos ipsos est.

140) Darauf deutet eine Bestimmung im Ostgothländischen Gesetz Bygd. c. 18. §. 1. p. 208. Nimmt ein Mann eines andern Vieh ein, kommt der Eigenthümer, und erbietet er sich, Pfänder zu setzen, wie groß sie auch sein mögen (ok biuþaer vaeþ til, ae hurn mykil sum þöu aeru), so sollen die Pfänder zur Stelle sein, damit es nachher nicht verläugnet werden kann; dann sollen die Nachbarn u. s. w. — Upl. Wiþerb. B. c. 7. §. 1. p. 224. — ok saeti bondaenum skiaelae waeþ maeþ witnum forae fae sitt: — und er setze dem Bonden rechtmäßiges Pfand mit Zeugen für sein Vieh.

lag, nicht befriedigt wurde [141]). Aus dieser Angabe der Grundsätze über die Thierpfändung in ihrer ältern Gestalt ergiebt es sich, wie wenig man dabei von dem Begriffe eines Pfandrechtes nach unserer Vorstellung ausgegangen ist, oder selbst nur dem eines Pfandrechtes im ältern deutschen Sinn (wonach man das Pfand gleichsam für die Erfüllung der Verbindlichkeit verwettete) [142]) treu geblieben ist. Nicht nur war es zuweilen, statt das zu ergreifende Thier als Unterpfand zu behalten, gestattet, dasselbe zu tödten und sogleich, ohne Rücksicht auf die Größe der Forderung, sich anzueignen, sondern da, wo der beschädigte Grundbesitzer das Vieh möglichst schonend an sich nehmen mußte, dachte man oft nicht daran, es ihm wegen seiner Forderung zuzusprechen oder gar distrahiren zu lassen, wovon sich noch weniger eine Spur findet, sondern er sollte es wieder austreiben oder nur provisorisch behalten und benutzen, bis etwa doch ein Eigenthümer sich melden möchte. Wo sich die Thierpfändung dem Pfandrecht am meisten nähert, war sie nur mehr ein Mittel, durch welches der Vieheigner zur Bestellung eines Pfandes genöthigt wurde. Es war die Thierpfändung ein Institut der Selbsthülfe, welches dem Grundbesitzer, um ihn von der Rache

---

141) Jüt. L. III. 56. i. f. (ed. Rosenvinge p. 396.): Wird das Pfand, welches für ein genommenes Vieh gesetzt ist, nicht vor aller Heiligen Tag ausgelöst, so ist das Pfand verfallen. — Nach dem Schonischen Gesetz Skåne l. IX. 2. Sunes. IX. 7. sollte das Pfand, welches für Feldschaden gesetzt wurde, eine halbe Mark Pfennige werth sein; erst nach der Ernte wurde der angerichtete Schaden fest bestimmt, und löste der, welcher das Pfand für sein Vieh gesetzt hatte, dasselbe nicht aus, so wurde es dem Inhaber zugesprochen (wil han ey lösä at the laghstäfnu är fore läghs, tha liggia wäd hans for wäthia). cf. Sk. IX. 14. Hierher gehört auch eine Bestimmung in K. Erichs Seeländ. Ges. (IV. 24. S. 192. in Rosenvinge's Ausg.), welche auf eine gleiche Ansicht hinweist: — Und sagt der, welcher das Vieh eingenommen hat, daß es mehr Schaden gethan hat, als für zwei Unzen, so soll ihm der Eigenthümer ein Pfand geben für so viel, als er den Schaden anschlägt. Sagt aber der Eigenthümer des Viehes, daß er zu viel fordert, so sollen sie beide ihre Nachbarn herbeirufen, und nachdem sie den Schaden schätzen, setze er Pfand und löse so (sein Vieh) aus.

142) S. Phillips deutsch. Privatr. Bd. 1. S. 586.

abzuhalten, es erleichtern sollte, auf rechtlichem Wege, sei es durch Vergleich oder Urtheilsspruch, Schadensersatz und Genugthuung zu erhalten; es ermangelte demselben aber, wie es scheint, ein fester rechtlicher Charakter, so daß man dem Pfänder bald mehr bald minder Rechte an der gepfändeten Sache selbst einräumte. Erst allmählig hat sich die Ansicht bestimmter hervorgestellt, daß das gepfändete Vieh — wobei dann die Erlaubniß eines Austausches desselben gegen ein anderes genügendes Pfand fortbestehen konnte — auch als Sicherungsmittel, als Unterpfand für die Forderung, für welche gepfändet war, dienen sollte.

§. 3.

Personalpfändung im ältern germanischen Rechte.

Die zweite Art der Pfändung wegen Schaden an Grundstücken könnte man, um sie von der Thierpfändung zu unterscheiden, die Personalpfändung nennen, nicht etwa weil Personen selbst der Gegenstand der Pfändung waren, wie dort die Thiere, sondern weil sie eintrat, wenn der Schaden mittel- oder unmittelbar durch Personen selbst geschehen war und man diese dabei begriff. Als Beispiele von Schadenszufügungen, wofür eine solche Pfändung eintreten konnte, wird in den älteren Rechtsquellen aufgeführt: wenn jemand über bestelltes Land fährt, welches der am häufigsten unterstellte Fall ist; wenn ferner jemand Bäume in Gärten, Privat- und Gemeindewaldungen entrindet oder Holz daselbst haut; in Gewässern, deren Nutzungsrecht Andern zusteht, fischt; Obst abpflückt u. dgl. Es haben diese Fälle gemein, daß hier eine wirkliche Beschädigung oder auch ein Eingriff in fremde Eigenthumsrechte vorlag, welcher aber nach älteren deutschen Rechtsbegriffen nicht zu eigentlichem Diebstahl gerechnet wurde. Der Dieb hatte als solcher seinen Frieden verwirkt, so daß man ihn, wenn er auf handhafter That ergriffen war, nach ältestem Recht tödten, und als dieses nur noch bei dem nächtlichen oder Widerstand leistenden Dieb zulässig blieb, festhalten, und mit den gestohlnen Sachen zusammenbinden durfte, um ihn als überführten Dieb vor Gericht zu bringen. Den Eigenthumsbeschädiger, dessen Missethat aber nicht in die Kategorie des Diebstahls fiel, konnte man nur, ohne ihn ge-

waltsam zu behandeln, ein Pfand abnehmen oder von ihm die Erlegung eines solchen verlangen[143]). Auch die Personalpfändung war also eine mildere Selbsthülfe, die dann eintrat, wenn ein gewaltsames Behandeln oder Festhalten unzulässig war. Zwar könnte es einen Augenblick scheinen, als wenn dem eine Stelle im Sachsenspiegel widerspricht, worin dem Grundbesitzer das Recht zugeschrieben wird, den Beeinträchtiger seiner Were zu pfänden oder aufzuhalten[144]). Allein es ist dieses nicht so zu verstehen, als habe es in gleicher Weise in der Befugniß des Grundbesitzers gestanden, die Person oder eine Sache festzuhalten. Aufhalten hat oftmals nicht sowohl die Bedeutung einer Bemächtigung der Person, wie es bei dem Friedbrecher und Dieb gestattet war, sondern nur eines Verhindern, seinen Weg fortzusetzen, um jemanden zur Erlegung eines Pfandes anzuhalten[145]). In diesem Sinne kommt das Aufhalten offenbar im Jütischen Low vor[146]), wo es heißt: „Wenn man jemand, der im fremden Wald Holz gehauen hat, ehe er auf die Landstraße

---

143) Das Pfänden eines Beschädigers und Schuldners und das Fahen eines Diebes und Räubers wird auch in einer Stelle des Augsburger Stadtrechts v. 1276. c. 115. b. Walch IV. S. 141. gleichsam gegen einander gestellt: Hat iemand hinz dem anderen icht ze sprechen und pfendet in uff sinem gut aun den richter oder aun seinen boten, der soll das führen in das nächst Gericht, und soll jenen endbieten dass der darkom er wöll im recht bieten, tut er das nit so hat er in beraubet. Und hat auch ein ieglich man wohl gewalt einen Rauber oder ein Dip ze vahenne aun des Richter urlob, wo er in findet da er in gevahen mag, und in denn in dass nechst Gericht antwurten.

144) S. Sp. II. 28. §. 2. Vischet he in diken die gegraven sin, oder houwet he holt dat gesat is, oder barende böme, oder brict he sin ovet, oder howet he malbome oder grevet he op stene die to marcstenen gesat sin, he mut drittich schilling geven. Vint man ene in der stat, man mut ine wol panden oder uphalden vor den scaden ane des richters orlof.

145) Wenn jemand mit einem Fuhrwerk so frevelnd betroffen wurde, so geschah dieses wohl z. B. durch Umwerfen des Wagens, Ausspannen der Pferde; im Jyt. Lov. II. 75. p. 236. ed. Rosenv. wird beides nur dann als Frevel erklärt, wenn der, dem es geschah, schon die Landstraße erreicht hatte.

146) Jyt. L. II. 74. p. 234.

(athaelwaegh) kommt, etwas von den Sachen (farcostae) abnimmt, die er mit sich führt, so wird man keines Raubes schuldig. Erreicht jener aber die Landstraße und sagt er, von wem er das Holz geladen habe, so soll man ihn nicht aufhalten (mughae men hanum aei uphaldae), sondern soll ihn nach seiner Wohnung begleiten." Mit diesem Aufhalten scheint dieselbe Handlung bezeichnet zu werden, die, wenn sie unerlaubter Weise geschah, in den Volksrechten durch via lacinia, vegoveri bezeichnet wird [147]). Es war dieses zwar eine schwere Injurie, wurde aber nicht dem Festhalten eines freien Mannes — also einer, wenn auch nur temporären Beraubung der Freiheit — gleichgeachtet. Sollte man aber auch in Betreff obiger Stelle des Sachsenspiegels der Meinung sein, daß unter Aufhalten ein wirkliches Festnehmen und Gefangenhalten (wie bei Thieren das Eintreiben) zu verstehen sei, so kann dieses wohl nur auf den Fall bezogen werden, wenn der zu Pfändende sich der Pfändung mit Gewalt zu entziehen suchte. Dieses wurde aber als ein arger Frevel und früher wohl selbst als ein Friedensbruch angesehen. Manche Rechte sprechen sogar, wenn es dabei zu ferneren Thätlichkeiten kam, den Pfänder, der seinen Gegner verwundete oder erschlug, von aller Verantwortlichkeit frei [148]), während der Sachsenspiegel an einer andern Stelle in diesem Fall gestattet, den Freveler mit Gerüfte zu verfolgen wie einen Friedbrecher [149]). Andere Rechtsquellen, zu denen auch der Schwabenspiegel gehört, untersagen aber jede gegen die Person gerichtete Gewalt, und machen es dem Beschädigten zur Pflicht, den, welcher sich der Pfändung widersetzt (wodurch derselbe freilich in eine Buße verfiel), ziehen zu lassen und seinen Anspruch

---

147) Grimm's RA. S. 632. — L. Alam. 76. Si quis liber libero in via manus injecerit et contra legem ei viam contradixerit, aut aliquid ei tollere voluerit, cum sex solidis componat.

148) L. Burg. XXVII. 6. Si vero cujus caballi sunt, inventus a domino messis, dum tenetur ad debitum, resistere fortasse tentaverit, et caesus fuerit aut plagatus, nullum exinde, cujus messis aut pratum est, calumniam patiatur.

149) S. Sp. II. 27. §. 4. i. f. Weret se dat pant weder recht man bestedeget se mit dem ruchte; so muten se beteren dat rucht mit dren schillingen; unde muten doch pandes recht dun.

nun gerichtlich zu verfolgen [150]). Wiewohl sonst in dem Charakter der nordischen Rechte so enge Begränzung der Selbsthülfe weniger liegt, enthält aber doch die Bearbeitung des Schonischen Gesetzes vom Bischof Sunesen eine ähnliche Vorschrift, sowohl für den Fall, wenn der Beschädiger keine zum Pfande sich eignende Sache mit sich führte, als wenn er ein solches zu erlegen sich nicht verstehen wollte; damit es bei dem Bestehen auf seinem Rechte von der einen, und der hartnäckigen Weigerung von der andern Seite nicht zu blutigen Thätlichkeiten kommen möchte [151]). Wo aber auch in solchen Fällen Ergreifen oder Anwendung größerer Gewalt erlaubt blieb [152]), war diese nicht dadurch, daß man jemand unbefugter Weise in seiner Were betroffen hatte, sondern durch den, einer rechtmäßigen Pfändung unerlaubt entgegengesetzten Widerstand gerechtfertigt.

Aus der entwickelten Ansicht von der Personalpfändung dürfte es sich auch ergeben, was von der Behauptung von

150) Schwäb. Landr. c. 333. Der den andern vindet an seinem schaden er mag in wol pfenden on des richters urlaub. §. 2. Weret en sich des pfandes er sol in lassen geen unde dem richter klagen. §. 3. Wann darumb wirdt er dem richter ein buss schuldig, das er sich geweret hat pfandes, ob er den schaden behebet als recht ist.

151) Sunesen legg. Scaniae X. 1. (De nemorum defensione) — Si nihil secum ad impignorandum habeat deprehensus ad villam proximam profectus, cum domino succisi nemoris, procuret ei vel pignus vel fidejussorem, ut oblatae fidem habeat satisfactioni. Eo vero neutrum procurante, ibidem dominus protestetur, omnem sibi justitiam denegari, et cum voluerit istam injuriam in solenne jus deducat, quaerimoniam accusationis ut trium marcarum obtineat satisfactionem — —. Eodem dominus utatur remedio protestationis, ad villam procedens proximam, si cum possit, nolit succisor lignorum ei rem suam pignori obligare, ne rem ei per violentiam auferendo, et jus sibi dicendo, non ad minus adversario, quam sibi suus adversarius ob illatam injuriam obligetur.

152) Merkwürdiger Weise ist dieses noch im Augsburger Stadtrecht v. 1276. c. 317. b. Walch IV. S. 310. der Fall: — Wert er denn die Phand iemand was er denn da thut mit wunden oder mit Todschlag, dess soll er keinen schaden han, wan er ihn an seinem schaden begriffen hat, und soll Jener dem Vogt darzu büssen der ihm das Phand gewert hat.

Phillips zu halten ist, wenn er den Satz Albrecht's: daß in der Gewere annn beweglichen Sachen auch die der darin befindlichen fahrenden Habe enthalten ist, — dahin erweitert: daß er freie Leute den Sachen gleichstellt, und dem Inhaber der Gewere das Recht beilegt, Personen, welche unbefugter Weise sein Grundstück betreten haben, insbesondere wenn sie einen Schaden an seinen Feldern anrichten oder anzurichten drohen (!), zu ergreifen oder festzuhalten. Ich glaube nicht nur (und man wird in dem Obigen wohl schon einige Rechtfertigung dieses Glaubens gefunden haben), daß dieser Satz unrichtig ist, sondern daß er dem ganzen Wesen des altgermanischen Rechtes widerstreitet. Das Eingehen in eine fremde Were nahm an sich dem freien Manne nichts von seinen Freiheitsrechten, und gab keinem andern, als solchem oder als Inhaber der Were eine Macht und Herrschaft über ihn, selbst dann nicht, wenn das Eingehen in unbefugter Weise geschehen war; denn nicht jedes unbefugte Eindringen in eine fremde Were galt als Friedensbruch, und gab daher die Befugniß, den Missethäter als Friedensverbrecher zu behandeln und sich seiner Person zu bemächtigen; es konnte dieses nur wegen eines qualificirten Eindringens in fremde Were geschehen — das in den Rechtsquellen unter dem Namen Heimsuchung vorkommt — und von anderen Verletzungen des Hausrechtes, welche Rechtsverletzungen aber keinen Friedensbruch enthielten, wohl zu unterscheiden ist [153]). Dem Heimsucher stand der Dieb und

153) Nur die unvollkommene Kenntniß des germanischen Strafrechts hat den Unterschied zwischen diesen Missethaten, den ich später ausführlich nachweisen werde, übersehen lassen. Für unsern Zweck sind aber vorzüglich folgende Stellen des Baierischen Volksrechtes von Interesse: L. Bajuv. III, 8. §. 2. Si autem minus fuerint scuta, verum tamen ita per vim injuste cinxerit, quod heimzucht vocant, cum XII sol. componat. — X. 1. Si quis in curtem alterius per vim contra legem intraverit cum tribus solidis componat. — c. 2. §. 1. Si autem in domum per violentiam intraverit et ibi suum nihil invenerit (es ist also der Fall unterstellt, daß er nach gestohlnem Gute suchen, salisuchan, wollte), cum sex solidis componat. — §. 3. Et postquam intraverit et cognoverit reum, quod injuste intrasset, det wadium domino domus. Et si ille defuerit mittat ipsum wadium supra liminare, et non cogatur amplius solvere, quam tres solidos. Leg-

Räuber gleich, das Pfändungsrecht fand aber gerade gegen solche statt, deren Frevel nicht als Raub und Diebstahl behandelt werden konnte.

Auch bei der Personalpfändung tritt es in den älteren Rechtsquellen nicht als bestimmter Zweck hervor, dem Beschädigten ein Pfand zu verschaffen, welches seiner Forderung etwa gleich kommen und zu seiner Sicherheit und Befriedigung dienen konnte. Oft sind die Sachen, die als Gegenstand der Pfändung genannt werden, zu geringfügig, als daß sie jenen Zweck hätten erfüllen können. So z. B. verordnet das Upländische Gesetz [154]), „daß der, welcher über eines Mannes Acker fährt, der noch in Frucht steht, oder über eine Wiese, die ungemähet ist, für jedes Rad 3 Unzen, für den ganzen Wagen drei Mark als Buße erlegen soll" [155]). „Wenn er aber ergriffen wird und man ihn mit Zeugen einen Strick oder sonst ein Geräth nimmt (taki af hanum repp aellr rethe) und er es dann verläugnet, so soll man ihn mit jenem Gezeugniß überführen, mit zwei Männern, die zugegen waren und es sahen und er sei selbst der dritte; dann soll er die oben bestimmte Buße zahlen." — In gleicher Weise wird, wenn man jemandes Zaun niedergehauen hat, um ihn heimzuführen, wofür 3 Mark als Buße zu entrichten war, als Gegenstand der Pfändung: die Axt oder ein Kleidungsstück (öxe hans aellr klaethi) genannt [156]); und eben so, wenn man jemanden in seinem

---

teres wohl, weil es nicht in Gegenwart des Hausherrn; wenn auch gegen dessen ausdrückliches Verbot geschehen, also die Injurie eine geringere war. Uebrigens kann wohl keine Stelle deutlicher sagen, daß man nur ein Pfand für die Buße — als Ausfluß des Pfändungsrechtes wegen Schuld — fordern konnte. Damit ist dann noch aus demselben Volksrecht eine andere Stelle zu verbinden (III. 11.): Si quis liberum contra legem per vim pro pignore tenuerit, aut in domo recluserit, ut non liberum habeat egressum, cum quadraginta sol. cpt.

154) Upl. L. Wiþerb. c. 12. §. 1. 2. (p. 230. ed. Schlyter).

155) 3 Mark sind nach dem Uplandsgesetz 4 guten Stück Rindvieh gleich.

156) Upl. L. Wiþerb. c. 6. §. 2. p. 223.

Wald ergriff [157]); und wenn jemand unbefugter Weise in eines andern Fischwasser (fiskvatn) Netze zum Fischen gelassen hatte, sollte der Eigner das Netz zu sich nehmen können [158]). Es geht daraus deutlich genug hervor, daß die Pfändung hier vorzüglich dazu dienen sollte, den Beweis und damit die Rechtsverfolgung zu erleichtern, wie es Sunesen übrigens noch bestimmter ausgesprochen hat [159]). In anderen Stellen wird aber die gepfändete Sache sogleich dem Pfänder, gleichsam als ihm zur Strafe verfallen, zugesprochen. So z. B. findet sich im Westgothländischen Recht folgende Bestimmung [160]): „Entrindet jemand fruchttragende Bäume (aldinvithu, wohl Eichen und Buchen) in des Landes oder des Härads gemeiner Mark (a lanz allmenningge, aeller haeraz almenningi) und wird er dabei betroffen, so nehme ihm der, welcher ihn dabei trifft, Axt, Kleid oder alles, was er sonst mit sich führt, ab, ohne deshalb verantwortlich zu werden, und behalte es für sich (oc havi siaelvaer). Wenn er ihm auch einige trockene Schläge versetzt (sla hun nokon dynt), so ist auch das straflos. Klagt er dann auch beim Thing und wird jener sachfällig, so büße er drei Mark. Klagberechtigter (mals eghendi) ist aber der, welcher ihn ergriff" [161]). Man sieht daraus aber auch, wie schon bei der

157) Upl. L. Wiþerb. c. 14. §. 7. p. 233. — Nach Westgöta L. Forn. 2. p. 61. (ed. Schlyter) sollen im gleichen Fall nehmen „die Axt, oder das Zugvieh zur rechten Seiten des Wagens" (öknöte. þaet aer fiaerme aer). Luitprändi Legg. c. 8: ipsos boves aut currum.

158) Upl. L. Wiþerb. c. 16. §. 1. p. 237. — Ich habe hier vorzüglich Stellen aus altschwedischen Volksrechten angeführt, weil sie zugleich die Uebereinstimmung mit unserem deutschen Recht ergeben.

159) Sunesen legg. Scan. X. 1. — At si reum in ipsa succisione dominus deprehendat, de sex orarum emendatione praestanda pignus ab eo suscipiat, ne conventus ex post facto se diffiteri valeat debitorem. Es ist von einem Fall die Rede, wo außer Schadensersatz noch 3 Mark Buße, also das Vierfache gezahlt werden mußte.

160) Westg. L. II. Forn. c. 44. p. 209.

161) Man könnte hier auch L. Wisig. VIII, 3, 8. herziehen wollen: Si quis aliquem comprehenderit, dum de silva sua cum vehiculo vadit, et circulos ad cupas, aut quaecunque ligna, sine do-

Thierpfändung bemerkt worden, daß die Pfändung wegen Schadens in rechtlicher Hinsicht etwas Schwankendes, Fluctuirendes hatte. Es ist dieses derselben auch immer eigen geblieben, wiewohl man die Idee eines dadurch entstehenden Pfandes zur Sicherung für die Forderung wohl nachmals fester gehalten hat.

§. 4.

Fortbildung des Pfändungsrechtes wegen Schadens und Verwandlung desselben in ein Mittel zum Schutz des Besitzes.

Beides, das Verbot der Pfändung wegen Schuld u. s. f. und die Zulassung der Pfändung wegen Schaden, hatten nur einen Zweck, Beschränkung der Rache und Selbsthülfe, möglichstes Beseitigen der Veranlassung zur Gewaltthat; so wird es erklärlich, wie in denselben Quellen neben ganz absolut lautenden Verboten, die auf die erste Gattung der Pfändung zu beziehen sind, die andere als ein in voller Wirksamkeit stehendes Institut erscheint. Das ist sie denn auch bis auf unsere Zeit geblieben, wie sonst auch die Gesetzgebung das Gebiet der Selbsthülfe verengt oder, dem Drang der Umstände weichend, wieder erweitert hat. Die Capitularien, die Reichsgesetze haben die Pfändung wegen Schadens ganz unberührt gelassen. In den Rechtsbüchern des M. A., in vielen Quellen des Land-, Stadt- und Hofrechtes wird ihrer erwähnt. Würde eine Nachweisung aller jener Stellen auch möglich oder hier thunlich sein, es würde kaum ein Gewinn daraus erwachsen, da meist nur das Allgemeinste und Bekannte in vielfachen Wiederholungen wiederkehrt. Wiederum wird aus der Nichterwähnung des Institutes der Pfändung, auch in einem ausführlichen Statut oder einer reichern Rechtsquelle, nicht auf dessen Nichtüblichkeit an dem betreffenden

mini jussione et permissione asportare praesumpserit, et boves et vehiculum alienae silvae praesumptor amittat, et quae dominus silvae cum fure aut violento comprehenderit indubitanter obtineat; hier ist aber nicht vom Holzfällen im fremden Wald, sondern vom Wegführen von gefälltem und zugehauenem Holze — was als Diebstahl oder Raub galt — die Rede, und in so fern liegt die Stelle außerhalb der Gränze des Pfändungsrechtes, den Dieb und Räuber hielt man selbst fest.

Ort geschlossen werden können. Die Einsicht mehrerer Territorialrechte, welche nach Einführung des römischen Rechtes aufgezeichnet sind oder eine neue Gestalt erhalten haben, führt aber auf die Vermuthung, daß das Schweigen über das Institut der Pfändung wegen Schadens nicht blos ein zufälliges war, sondern daß die römisch-gebildeten Juristen es nicht über sich gewinnen konnten, ein mit dem Verbot der Selbsthülfe streitendes Institut in den Kreis ihrer Rechtsaufzeichnungen zu ziehen. Die Existenz des Institutes ist aber dadurch nicht beeinträchtigt worden. Es beruhte auf Gewohnheit, oder war in den Local- und Gemeindestatuten sanctionirt, und bestand hier um so ungestörter fort, als die Pfändung gerade wohl meist zu einer friedlichen Ausgleichung führte, und wenn eine Rechtsstreitigkeit zu Gericht erwuchs, sie doch wohl selten an die mit Juristen besetzten Obergerichte gelangte. Als das römische Recht aber sich mehr und mehr festgesetzt, und weiter und tiefer sich zu verbreiten begonnen hatte, konnte es an mannichfachen Conflicten nicht fehlen. In den gravaminibus politicis, welche die Hildesheimischen Landstände dem Domcapitel (im 17ten Jahrh.) übergaben, wird von der „in dem gemeinen Rechte nicht weniger, als durch eine im ganzen römischen Reiche und diesem Stifte besonders recipirte, in allen Landtagsabschieden ausdrücklich bestätigte Gewohnheit allerdings zugelassenen und vergönnten Pfändung" geredet [162]). Indessen scheint es solcher ausdrücklichen Privilegien, auf welche in jenen Beschwerden hingewiesen wird, und die auch anderer Orten gesucht wurden [163]), nicht in der Weise, wie es beim gutsherrlichen Pfändungsrechte der Fall war, zur Erhaltung des Herkommens bedurft zu haben. Es muß dieses Pfändungsrecht wegen Schadens so sehr in allgemeiner, täglicher Uebung gewesen sein, daß die praktischen Juristen nicht umhin konnten, anzuerkennen, es liege hier eine auf Gewohnheit beruhende, eigenthümlich deutsche Rechtssitte vor, deren Gemeinrechtlichkeit sie selbst, da diese Gewohnheit sich leicht aller Orten kund gab, anerkannten. Unter den Juristen des 17ten Jahrhunderts ist darüber

---

162) Struben rechtl. Bedenken N. DCLXXIII. Ausg. v. Spangenberg Bd. 3. S. 306.

163) S. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 317. a. E.

kein Zweifel mehr [164]); römisches und deutsches Recht war in diesem Punkt schon mit einander versöhnt. Sie sprechen zwar meist nur von der Pfändung von Thieren, die man auf dem eigenen Grundstück angetroffen hatte, allein sie haben kein Bedenken, auch die Abpfändung anderer Sachen, welche Personen bei sich führten, gleichsam beiläufig als rechtmäßig anzuerkennen; und in jener Einräumung der Rechtmäßigkeit des Pfändens von Thieren liegt von Seiten der Juristen eigentlich ein um so größeres Zugeständniß, weil ihnen hier nicht nur die allgemeinen Verbote der Selbsthülfe, sondern ein specielles und offenbar damit streitendes Gesetz in den Justinianeischen Rechtsbüchern (l. 39. de lege Aquil.) entgegentrat. Während hier von den Meisten der Widerstreit des deutschen und römischen Rechtes anerkannt wurde [165]), bemühten sich Andere, denselben theils durch gezwungene Erklärung des angezogenen Gesetzes, theils durch mögliche Beschränkung des deutschen Pfändungsrechtes zu beseitigen [166]). Man suchte das letztere besonders dadurch zu rechtfertigen, daß man es mehr unter den Gesichtspunkt einer defensiven als offensiven Gewalt zu bringen suchte, bei welcher es mehr der Zweck war, einen drohenden Schaden abzuwenden, als Vergü-

---

164) So z. B. Mevius Jus Lub. III. 11. §. 9. (p. 720.): Ex generali fore consuetudine Germaniae — — pignorationes pecudis alienae, donec de damno dato nobis satisfiat, ubique permittantur. Stryck de pign. c. 1. §. 38., nachdem er zum Beleg desselben Satzes eine Reihe von Schriftsteller anführt, setzt hinzu: Multos alios authores hic cumulare liceret, nisi jam tum consuetudo haec fere ubique nota in vulgus esset. Auch Groenwagen de legib. abrog. in Hollandia ad l. 39. de l. Aquil. bemerkt: Nostris et aliorum moribus pecus alienum in agro nostro deprehensum publico stabulo includere atque mancipare jure licet — — — quod et multorum pagorum statutis nominatim cautum est. — Vgl. auch J. H. Boehmer Consult. Respons. 1154. §. 4. T. II. P. 2. p. 585., und schon Hadr. Gylmann lib. Diviss., in Camera Imper. judic. Dec. 43., welcher erzählt, daß alle in der Sache vernommenen Zeugen für die Existenz dieser Gewohnheit Zeugniß abgelegt hätten.

165) Stryck l. c. §. 27.

166) So will Feldmann de inclus. animalium c. 2. §. 14. 15. die l. 39. nur auf heimliches Einschließen der Thiere beziehen.

tung und Genugthuung für einen zugefügten zu erhalten [167]). Hatte daher jemand auf unserm Grund und Boden sich eine Handlung erlaubt, die nach älterm deutschen Recht als eine Eigenthumsbeeinträchtigung angesehen wurde, wofür Ersatz zu leisten und Buße zu entrichten war, welches beides durch die Pfändung gesichert werden konnte, so faßte man es jetzt so auf, daß die letztere besonders hindern sollte, daß nicht für die Zukunft Aehnliches sich ereignen und etwa dadurch die Meinung entstehen könne, es sei dieses vermöge eines zustehenden Rechtes geschehen [168]). Nach deutschem Recht bezog die Pfändung sich durchaus auf das Vergangene, auf die existent gewordene Rechtsverletzung; die Juristen haben diesen Gesichtspunkt verrückt. Hervorgerufen war diese Ansicht durch den Grundsatz des römischen Rechtes, der im Allgemeinen dem Bedürfniß der Zeit entsprach, daß Gewalt eigentlich nur zur Vertheidigung seiner Rechte gestattet sein könne; die weitere Entwickelung der nun hervortretenden Theorie des Pfändungsrechtes wurde besonders durch die römische Besitzes- und Servitutenlehre gefördert.

Es muß aber, ehe wir den Gedankengang der Juristen, welcher die Umbildung des Pfändungsinstitutes hervorrief, weiter verfolgen, bemerkt werden, daß auch wohl im ältern deutschen Rechte Pfändung, welche in dem Grundbesitz ihre Grundlage hatte, geübt werde konnte, ohne daß ein eigentlicher Scha-

167) Leyser medd. 595. §. 1—4. Pignorationes vulgo definiuntur, quod sint vis privata. Verum hoc est de iis, quas Germani veteres creditori in debitorem suum etiam Caesarem et Principes permiserunt. Sed post quas leges publicae has vetuerunt, illae quibus hodie uti licet, proprie non sunt vis privata; verum defensio possessionis suae contra vim privatam, ipso jure naturali licita. Auch in C. A. Weiske's Landwirthschaftsrecht (Lpz. 1838) §. 381. heißt es z. B. noch: sie (die Pfändung) war gleichsam eine Nothwehr für das Eigenthum, zu dessen Schutz jene ebenfalls noch zugelassen ist.

168) Wenn die Juristen daher anerkennen, daß die Pfändung auch geschehe, um Ersatz für zugefügten Schaden zu erhalten, so stellen sie doch die Abwendung des künftigen gleichsam als ersten Zweck voran: Mevius Dec. P. 1. D. 34. n. 11. Stryck l. c. c. 2. §. 57.

den angerichtet war. Das Betreten fremder Grundstücke, das Fahren über dieselben u. s. w. war an sich kein Unrecht, gab dem Eigenthümer kein Recht, sich an den Sachen oder Personen zu vergreifen, wenn es nicht in widerrechtlicher Absicht oder mit Gewalt geschehen war. Für ein gewaltsames Eingehen war es aber immer zu halten, wenn es gegen das Verbot des Grundeigenthümers geschah[169]. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß er theils im einzelnen Fall, theils ein für allemal (soweit das Eigenthumsrecht nicht durch Gesetz, besonders durch s. g. gesetzliche Servituten beschränkt war) ein solches Verbot erlassen konnte. Die Nichtachtung eines solchen Verbotes war eine Injurie, wofür eine Buße verwirkt würde, und es finden sich einzelne Stellen, die darauf hinweisen, daß man dafür die Erlegung eines Pfandes zur Sicherung seines Anspruches verlangen konnte. Es war dieses, wie angedeutet worden, ein Rest des Rechtes wegen Bußansprüchen überhaupt, als für Schuld zu pfänden, dessen (nur vereinzeltere) Fortdauer sich eben so wie die Pfändung wegen Zinsen rechtfertigt. Ein Mittel zum Schutz des Besitzes, wie wir es uns denken, war diese Pfändung nicht, sie bezog sich nicht allein auf die zu bewirkende Anerkennung eines Rechtes, sondern auf die Geltendmachung einer Forderung. Als die Juristen aber einmal dahin gekommen waren, die Pfändung gegen ihr römisch-rechtliches Gewissen als eine Defensionalgewalt zu rechtfertigen, so erschien sie ihnen nun bald als ein geeignetes Mittel, die dispatientia darzuthun, um die Entstehung von Servituten durch Verjährung zu verhindern, was dann natürlich auf alle die Institute des deutschen Rechtes angewendet wurde, auf die man die Grundsätze der römischen Servituten-

---

169) Man stellte wohl, wie noch jetzt, einen Strohkranz oder Strohwisch, um damit ein solches Verbot anzuzeigen: L. Baj. IX. 12. Si autem signum, quod propter defensionem ponitur, aut injustum iter excludendum vel pascendum, vel campum defendendum vel amplificandum secundum morem antiquum, quod signum wiffam (vgl. Grimm's RA. S. 195. 941.) vocamus, abstulerit vel injuste includerit, cum uno solido componat. — Thiere konnte man nur pfänden, wie wir unten sehen werden, wenn das Land mit einem gehörigen Zaun umgeben war. Zu dem, was im Text gesagt worden, vgl. noch Note 153.

lehre glaubte anwenden zu müssen. In den Sächsischen Constitutionen hat man die Pfändung aus diesem Gesichtspunkt aufgefaßt, und so setzen dann auch manche Sächsische Juristen die Wirkung der Pfändung hauptsächlich in Unterbrechung der Verjährung [170]).

War die Pfändung dadurch ein Schutzmittel des Eigenthums und der darin enthaltenen Rechte geworden, so lag es nun nahe und gab es sich von selbst, sie auch als ein Schutzmittel des Besitzes aufzustellen. Dieses aber um so mehr, da mancher Grundbesitzer, dem ein Eigenthumsrecht nicht zugeschrieben werden konnte, welcher aber den Schaden tragen mußte, der an Feld, Weide u. s. w. geschah, das Pfändungsrecht auch nach deutschem Rechte und Herkommen übte. Es wurde nun von den Juristen auch allen denen zugestanden, die nicht im Besitz von Grundstücken selbst, sondern nur von Rechten daran waren. So war das Pfändungsrecht nicht nur ein Mittel geworden, die anmaßliche Erwerbung von Servituten und von anderen Realrechten zu verhindern, sondern auch, wo sie zustanden, sich im Besitz derselben zu behaupten [171]). Durch diese Auffassung der Juristen aber, welche, bereits ein Erforderniß der ursprünglich deutschen Pfändung, einen angerichteten Schaden, beseitigt hatten, war nun auch ein zweites weggefallen, nämlich daß sie von dem Inhaber des Grundstückes — also innerhalb der Were —

---

170) So namentlich insbesondere Haubold Sächs. Privatr. §. 107.

171) Carpzov Def. for. P. II. Const. 27. def. 3. — ideoque non solum pro damno dato, sed et pro conservanda jurisdictione, libertate, aliisque juribus ad avertendas servitutes et removendas perturbationes pignoratio permittitur. — — Quin et proconservanda servitute licita est pignoratio. — Mevius Decis. P. II. D. 34. n. 7. Causa pignorandi justa habetur defensio rei vel juris sui, veluti cum quis vel pro conservanda fundi sui libertate adversus injuriam, servitutem aliave onera inferentem, tentantem, vel pro interrumpenda praescriptione contra actus praejudiciales, vel pro servitute in alieno praedio quaesita, contra turbantem retinenda et usurpanda, pignorat et hoc remedio adversa amortiri intendit. cf. Stryck de pign. c. 2. §. 5—10. Kreittmayr Anmerk. üb. den Cod. Maximil. Th. 2. C. 6. §. 24. N. 2. (S. 1269.) Gerstlacher Hdb. d. Reichsges. Bd. 10. S. 2370.

geübt werden mußte. Sie gestatteten ferner und sahen als im gemeinen Rechte begründet an die Pfändung nicht nur wegen Weide-, Jagd-, Holzungs-, Fischereigerechtsame und ähnliche Rechte, sondern auch wegen der Jurisdiction, um sich im Besitz derselben zu manuteniren, wegen hergebrachter Zölle, Wegegelder gegen diejenigen, welche verbotene Wege einschlugen, um sie zu umgehen, wegen des Laudemiums bei der Emphyteuse [172]; ja es wurde dieselbe auch denen zugestanden, welche Bierbrauereigerechtsame hatten [173], so wie man aus dem Gesichtspunkt einer Erhaltung im Besitz wohlhergebrachter Rechte, mitunter auch die Gemeinrechtlichkeit der wohl den Kaufmanns-Collegien und Handwerkszünften zustehenden Pfändungsbefugniß gegen Ungenossene und Störer ableiten wollte [174]).

---

172) Dieses alles führt namentlich Carpzov l. c. an. vgl. ferner Kreittmayr a. a. O. und Gerstlacher a. a. O. — Leyser medd. 595. §. 4. „So ist der Besitzer des Hauses Brachwitz, daferne er bisher das Brücken- und Wegegeld von den Leuten erhoben, demnach in Possession solchen juris stehet, wohl befugt, diejenige, welche sich solches Geld ferner zu entrichten weigern, zu pfänden und sich dadurch im Besitz zu schützen."

173) Schöpffer de jure braxandi P. II. c. 4. p. 183. (Jenae 1714.): Primum ergo medium conservandi hujus juris est pignoratio, quatenus turbantibus vel instrumenta braxandae cerevisiae apta et necessaria vel suspensa hedera, die Ruthe, der Wisch, Kranz oder Korb vel mensurae, quibus alteri cerevisiam admetiuntur, auferuntur. Er vertheidigt auch, daß man in die fremde Behausung der Pfändung wegen eingehen könne, ohne sich einer strafbaren Gewalt schuldig zu machen. (l. c. §. 36 – 57.) Leyser medd. CXI. §. 12. (Aus einem Helmst. Resp.): Wiewohl nun vermöge einer in Teutschland überall eingeführten Gewohnheit einem jeden, welcher in der Possession seines wohlhergebrachten Rechtes turbirt wird, sich durch privata autoritate vorgenommene Pfändungen wider den turbanten zu schützen, inmaßen solches insonderheit pro tuendo jure braxandi verstattet wird.

174) Kreittmayr a. a. O. S. 1270. meint, man müsse unterscheiden, ob die Pfändung pro poena vel coercitatione geschehen, dann sei sie species jurisdictionis v. executionis und müsse besonders hergebracht sein, oder ob pro tuendo jure gegen Störer, dann sei sie species defensionis und im gemeinen Recht begründet.

So scheint es die ziemlich unbestrittene Ansicht der Praktiker des vorigen Jahrhunderts gewesen zu sein, daß eine Pfändung da erlaubt sei, wo eine possessio oder quasi-possessio anzunehmen und also possessorische Rechtsmittel stattnehmig waren. So hatten aber auch die Juristen das Gebiet der deutschen Pfändung wegen Schadenszufügung an Grundstücken weit über seine Gränzen erweitert, ohne es doch zu wissen und zu wollen, und vielmehr von dem entgegengesetzten Streben geleitet, dieses „remedium extraordinarium et odiosum in jure.“ 175) so viel als möglich zu restringiren. Die beabsichtigte Restriction sollte sich aber darin zeigen, daß die Pfändung als außerordentliches Rechtsmittel nur dann als zulässig zu erachten sei, wenn der ordentliche Weg Rechtens ohne sie leicht versperrt werden könnte. In neuerer Zeit hat man wohl, um diese herrschend gewordene Ansicht, deren Ursprung man nicht beachtet hatte, zu rechtfertigen, sich auf die Glosse zum Sachsenspiegel (II. 27.) berufen, wo gesagt wird, daß das Pfänden wegen Feldschadens deshalb statt findet, weil es zumeist von wegfertigen Leuten zu geschehen pflegt, die man nicht wohl anders zu Gericht bringen kann; aber es muß diese Ansicht des Glossators selbst als eine ungermanische bezeichnet werden. Die Quellen selbst deuten nirgend auf eine solche Beschränkung hin; auf die Thierpfändung paßt sie gar nicht, und auch sonst möchte sich gerade im landwirthschaftlichen Betrieb unter Nachbaren am häufigsten Veranlassung zu Pfändungen finden. Sollte es, wenn ein angesessener Mann der Beschädiger war, auch minder erheblich sein, ein Unterpfand zur Sicherheit zu besitzen, so gewährte dieses gerade nach älterm deutschen Recht Beweisvortheile, die eben so wichtig im Verhältniß zu wohlbekannten, sichern, als zu wegfertigen Leuten waren. —

Die weitläufige Auseinandersetzung des Pfändungsrechtes im Preußischen Landrecht 176) ist unter dem Einfluß jener Ansichten entstanden und schon deshalb geeignet, unsere Aufmerksamkeit hier in Anspruch zu nehmen. Es hat dann aber auch diese Ge-

---

175) Leyser Medd. CXI. §. 7. Kreittmayr a. a. O. S. 1271.

176) Preuß. Landrecht Th. 1. T. 14. §. 413—465.

setzgebung hier, wie in so vielen anderen Materien, auch auf die Darstellung, welche von Lehrern des gemeinen Rechtes gegeben worden, einen großen Einfluß geübt. Bornemann [177]) erzählt, daß in dem Entwurf die Definition gelautet habe: „Pfändung sei die eigenmächtige Besitznahme einer fremden Sache, in der Absicht, dadurch sein Recht gegen die Eingriffe eines Dritten zu vertheidigen oder den Ersatz eines erlittenen Schadens sich zu versichern." Dagegen sei von verschiedenen Seiten gewünscht worden, daß die Pfändung nur als Mittel sich den Ersatz eines zugefügten Schadens zu sichern geduldet werden möchte. „Denn — (so rechtfertigte man diese ächtdeutsche Ansicht, von der auch ich glaube, daß sie heutigen Tages zur Richtschnur einer etwaigen Gesetzgebung genommen werden müßte) — Pfändungen seien ein Ueberbleibsel des Faustrechts (!), und also ohne Noth nicht zu statuiren. Zur Vertheidigung seines Rechtes gegen die Eingriffe gebe es aber schicklichere Mittel, und besonders Protestationen. (Ja wohl!) Suarez trat nun — heißt es weiter — in der revisio monitorum diesem monito bei, den einzigen Fall ausgenommen, wo die Pfändung das einzige Mittel sei, die Person des unbekannten Störers auszumitteln, und den turbatum in den Stand zu setzen, daß er sein Recht gegen diesen verfolgen könne." Das Landrecht stellte dann aber (§. 413.) folgende Definition auf: „Pfändung heißt die eigenmächtige Besitznahme einer fremden Sache in der Absicht, sich dadurch den Ersatz eines zugefügten Schadens zu versichern oder künftige Schadenszufügungen und Beeinträchtigungen seines Rechtes abzuwenden." Es unterscheidet sich dieses von dem Entwurf aber im Wesentlichen nur dadurch, daß hier die Erlangung eines Schadensersatzes als erster, die Abwendung künftiger Beeinträchtigungen als der zweite Zweck aufgestellt ist, in welcher Umstellung man freilich eine Annäherung an die ursprüngliche Bedeutung des Pfändungsrechtes finden konnte, ohne daß man aber doch recht sieht, welchen Einfluß auf die Redaction dieses §., die mir wenigstens, so wie sie vorliegt, nicht recht verständliche

177) Bornemann system. Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. 1. S. 435.

Erinnerung von Suarez gehabt hat [178]). Es ist diese aber um so wichtiger geworden, wenn sie die folgenden §§., worin dem Pfändungsrechte bestimmtere, engere Gränzen angewiesen werden, veranlaßt haben sollte. Diese erklären nämlich (§. 414.): „Pfändungen sind als ein Act der Privatgewalt nur alsdann zulässig, wenn ohne dieselben der Zweck der Sicherstellung eines schon erlittenen Schadens oder der Abwendung noch bevorstehender Beeinträchtigung durch richterliche Hülfe nicht erlangt werden kann. (§. 415.) Sie finden also nur statt, wenn der Beschädiger oder Störer unbekannt, unsicher oder ein Fremder ist, der innerhalb der Provinz nicht belangt werden kann [179]). (§. 416.) Ferner alsdann, wenn die Pfändung das einzige Mittel ist, sich den Beweis der geschehenen Beeinträchtigung oder des erlittenen Schadens zu versichern." Es ist beachtenswerth, daß diese letzteren Beschränkungen des Pfändungsrechtes

---

178) Nach obiger Mittheilung monirte man nämlich gegen die Ausdehnung des Pfändungsrechtes und wollte eine Beschränkung. Suarez trat diesem bedingt bei; also wollte er die vorgeschlagene Beschränkung nicht ganz gestatten; aber seine Bedingung scheint selbst nur eine noch weitergehende Restriction zu enthalten. — Auch Andere, scheint es, haben sich nicht recht darein und den Zusammenhang mit dem Preuß. Landrecht finden können. Bornemann meint, das Landrecht sage mit anderen Worten dasselbe wie der Entwurf, der in der Pfändung hauptsächlich eine Vertheidigung gegen künftige Eingriffe gesehen habe. Die Herausgeber der Ergänzungen und Erläuterungen des Landrechts Bd. 1. S. 486. sagen aber, daß die Beschränkung des Begriffs der Pfändungen nach Suarez, wonach sie zur Sicherung des Schadensersatzes dienen sollten, in das Landrecht aufgenommen sei, zeihen dasselbe aber zugleich der Inconsequenz, was man weiter dort nachsehen muß.

179) Hier glaubt man fast eine wörtliche Uebertragung aus Leyser medd. CXI. §. 1. wieder zu finden: si is, qui damnum patitur, alia ratione restitutionem ejus consequi non possit, e. g. si dominum pecoris, quod damnum dedit, ignoret vel si is de fuga suspectus, aut in aliam remotiorem provinciam, in quam persecutio difficilis, abire paratus est. Leyser giebt dieses als die Bedingungen an, unter welchen schon nach röm. Recht eine Pfändung für zulässig erachtet werden müßte, giebt aber zu, daß nach deutschem Recht, wenigstens bei der Thierpfändung, das Recht weniger beschränkt sei.

im Landrecht, welche das leitende Princip für die ganze Lehre enthalten, bei den Verhandlungen, welche durch die projectirte Abfassung von Provinzialgesetzbüchern veranlaßt worden sind, insbesondere Widerspruch erregt haben. Vorzüglich haben sich darüber die ständischen Deputirten der Altmark auf eine beachtenswerthe Weise ausgesprochen [180]). Mit Unrecht, meinten sie, hätte das Landrecht dem Pfändungsinstitut seinen althergebrachten Charakter als allgemein erlaubtes Rechtsmittel zum Schutz des Eigenthums genommen, und sie führen dann aus, wie die Erfahrung lehre, daß durch Pfändungen ohne richterliche Hülfe, Zeitverlust und Kosten, meist schleunig Schadensersatz verlangt werde; wie die Beschränkung des Pfändungsrechts, wie sie das Landrecht aufstelle, die Contraventionen sehr vermehren würde. Wir wollen noch hinzusetzen, daß das Bedenken der alten Juristen, welches so oft hervorgehoben wurde, es entständen dadurch leicht Privatkriege, wohl jetzt eben nicht von großem Gewicht erachtet werden möchte. Auch in den Entwürfen der Provinzialrechte für das Herzogthum Magdeburg [181]), für die Kurmark Brandenburg [182]), für das Herzogthum Neu-Vorpommern [183]) hat man §§. aufgenommen, worin bestimmt wird, daß Pfän-

180) A. W. Götze das Provinzial-Recht der Altmark nach seinem Standpunkt v. 1835. (Magdeb. 1836.) Erster Theil S. 104 ff.

181) W. v. Klewiz das Provinzialrecht des Herzogthums Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld. Magdeb. 1837. Th. 2. S. 6. §. 13. und Motive Th. 1. S. 41. Hier bemerkt aber v. Klewiz, daß die ständischen Deputirten bei früheren Berathungen das Pfändungsrecht noch weiter als das Landrecht beschränken wollten, so daß es gegen Inländer gar nicht statt finden sollte, weil es aus Zeiten stammt, wo keine prompte zuverlässige Hülfe der Justiz zu erwarten war und man bei minderer Cultur noch nicht Begriffe davon hatte, wie viel sich mit der Feder thun läßt!! Vivat die Acten!

182) C. Scholz das jetzt bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg, Berlin 1834. In den Motiven 2. Abthlg. 1. Th. S. 155. wird ausgeführt, wie die Bestimmung des Landrechtes durchaus dem Märkischen Landesgebrauch widerspricht.

183) Das Provinzialrecht des Herzogthums Neu-Vorpommern und des Fürstenthums Rügen. Greifswalde 1836. Th. 1. S. 79. §. 251. und dazu die Motive Th. 2. S. 253.

dungen auch gegen bekannte, sichere Personen, und ohne Rücksicht darauf, ob andere Beweismittel vorhanden seien, vorgenommen werden könnten.

b. Die jetzt geltenden Rechtsgrundsätze.

§. 1.

In welchen Fällen findet das Pfändungsrecht gemeinrechtlich statt?

Allgemein steht es fest, daß die Pfändung theils eines zugefügten Schadens, theils einer Besitzstörung wegen geschehen kann. Das Nähere wird sich aber nun, nachdem wir uns der leitenden Gedanken bemächtigt haben, am besten aus der Entwickelung der einzelnen Rechtsgrundsätze ergeben. Nach heutigem Rechte kann die Pfändung statt finden:

1. Wenn fremdes Vieh an Grundstücken, es seien Privatländereien oder Gemeindeland, Gärten, Aecker, Wiesen, Wald, kurz allem, was einen Ertrag giebt, der durch das eingedrungene Vieh möglichst verringert werden kann, Schaden angerichtet hat. Diese Pfändung hat sich im Wesentlichen, so wie sie sich in den ältesten Rechtsquellen findet, unangefochten bis auf die neueste Zeit erhalten. Viele Local- und Landesrechte erwähnen nur dieser Thierpfändung, und auch das Oestreichische Gesetzbuch, welches sich nicht nur durch seine Kürze, sondern auch durch sein engeres Anschließen an das ältere deutsche Recht in dieser Materie von dem Preußischen Landrecht auffallend unterscheidet, kennt keine andere. Es verordnet [184]):

„Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deswegen noch nicht berechtigt, es zu tödten. Er kann es durch passende Gewalt verjagen oder, wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privatpfändung über so viele Stücke ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht. Doch muß er binnen 8 Tagen sich mit dem Eigenthümer abfinden oder seine Klage vor den Richter bringen, widrigenfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen. (§. 1322.) Das gepfändete

184) Oestreichisches Gesetzbuch §. 1321. — Das im Texte Mitgetheilte ist Alles was das Gesetzbuch uber die Pfändung enthält.

Vieh muß auch zurückgestellt werden, wenn der Eigenthümer eine andere angemessene Sicherheit leistet." Die Gesetze reden gewöhnlich nur von den hauptsächlichsten zur Landwirthschaft gehörigen Thieren, doch unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß die Pfändung auch gegen andere Thiergattungen geübt werden kann. Der Zweck dieses Pfändungsinstitutes ist nämlich, auch einer gewaltsamern Behandlung von fremden Thieren vorzubeugen, und daß dieses nicht etwa eine nur veraltete Anschauung ist, ergiebt z. B. das angeführte Oestreichische Gesetz, welches seinen Bestimmungen über die Pfändung das Verbot der Tödtung oder eines solchen Austreibens, wodurch die Thiere leicht beschädigt werden könnten, voranstellt [185]). Bei Thieren, die auf der einen Seite nicht für den landwirthschaftlichen Betrieb die Wichtigkeit haben, wie Zug-, Rind- und Schaafvieh, und bei denen auf der andern Seite durch Pfändung nicht so leicht Ersatz für den Schaden, und dadurch auch mögliche Garantie für die Zukunft erreicht werden konnte, gestattete das ältere deutsche Recht [186]) selbst Tödtung des schadenden Viehes, welche Befugniß — obwohl sie schon in dem Sachsenspiegel und verwandten Rechtsquellen so gut als aufgehoben war — doch noch in weit jüngeren und selbst noch geltenden Statuten und Gesetzen wiederkehrt [187]). Die Pfändung ist daher als ein geringeres Maaß

185) S. auch Geldernsche Landrecht v. 1619. Th. 2. Tit. 6. §. 5. (in Maurenbrecher die Rheinpreußischen Landrechte Bd. 2. S. 662.) Die eenige Beesten vindt op syn Landt schade doende, die magh die selve schutten, 't zy door hem selven oft door eenen geswooren schutter, sonder nachtans die doot te slaen, te questen, ofte te brengen daer 't selve by jemant anders gedaen solde mogen werden etc.

186) S. oben Note 130—132.

187) Geldernsche Landrecht a. a. O. n. 11. Gansen, Enden ende Hoenderen op jemant Gras, beseit Land, oft in Gaerden gevonden, en hebben geenen vreede, maer mogen aldaer, nar dat der Eygenaer eens is gewaerschouwt, dootgeslagen werden, ende daer naer van het Landt oft uyt den Hoff geworpen, ofte aen eenen Tuyn ofte Boem gehangen worden, tot behoeve van den Eygenaer. Maurenbrecher bemerkt dazu (S. 665): Die Praxis ist nicht blos bei den genannten Thieren stehen geblieben, sondern hat diese Erlaubniß zu tödten auch auf

von Gewalt anzusehen, dessen Anwendung gegen alle fremde schadende Thiere stattnehmig ist [188]). Doch darf dabei nicht unbeachtet bleiben, daß die Pfändung nicht in einem Aneignen besteht, sondern zum Schadensersatz von demjenigen, welcher für die Thiere haften muß, führen soll; daraus beantwortet sich, ob jagdbare Thiere gepfändet werden können.

2. Wenn eine Person an ländlichen Grundstücken einen Schaden angerichtet hat. Es ist darunter aber nicht nur (was

anderes Geflügel, sogar auf andere der Cultur schädliche Thiere ausausgedehnt. Aehnliche Ausnahmen sind bei der Jagd, wo die Hunde und Katzen, statt gepfändet zu werden, getödtet werden dürfen. Vgl. Jagdreglement v. 29. Juli 1719. — Dagegen ist im Interesse des fürstlichen und herrlichen Vergnügens der Jagd, dem Landmann, der wohl ein paar Gänse eines andern Bauern todtschlagen darf, das Tödten von jagdbaren Thieren zum Schutz der Felder oft ausdrücklich verboten! Die Befugniß, Geflügel, welches Schaden gethan hat, zu tödten, wird durch die Rechtsparömie ausgedrückt: „Gänse bezahlen mit dem Kopf." Das Urtheil des Kurfürstl. Brandenb. Kammergerichts, welches Stryck l. c. §. 4. §. 30. anführt, steht dem nicht entgegen, in so fern es „das haufenweise unnachbarliche Todtschießenlassen der Gänse" für Frevel erklärt; schon nach den ältesten deutschen Rechtsquellen war nur die Tödtung von einem oder dem andern Stück Vieh in solchem Fall gestattet. Manche dieser Quellen fordern auch noch, daß eine Warnung vorhergegangen sei, und unter dieser Bedingung hielt auch Stryck (§. 31.) das Tödten solcher Thiere für zulässig, dem Kreittmayr a. a. O. N. 5. S. 1275. folgt. Auch in dem Hadeler Landrecht II. 22. b. Puffendorf Observ. App. I. 25. heißt es: Da aber einer seinem Nachbar an seinem Korn oder Sandt durch Gänse, Aendten oder Hüner, die man nicht pfänden kann, Schaden thun würde und der Mann dieselbe durch seine Hunde hetzen oder sonst todtschlagen würde, da er dieselbige seinem Nachbaren auf seinen Acker wirft oder zustellen läßt, hat er daran nicht gebrochen. Seind es aber Pferde, Ochsen, Kühe, Schweine, Kälber oder Schafe, solch Vieh soll nicht geschlagen, sondern angehalten und gepfändet werden. — Auch im Preußischen Landrecht I. 9. §. 189. hat noch das Recht erhalten, Enten, die sich zum Schaden der Fischerei auf Privatflüssen und Teichen einfinden, zu tödten.

188) Auch Bienen können gepfändet werden; s. Feldmann de incl. animal. CXXI. §. 15. n. 18. Leyser medd. CXI. §. 3.

als das Gewöhnlichste meistentheils beispielsweise angeführt wird) das Reiten, Fahren über gebautes Land u. dgl., also Schaden durch Verderben, sondern auch durch widerrechtliche Aneignung zu verstehen. Es beruht dieses auf einer im ältern deutschen Recht begründeten Gleichstellung [189]), worüber an einem andern Orte ausführlicher gehandelt werden soll.

3. Durch die Deutung, welche die Juristen dem Pfändungsrecht gegeben haben, ist ganz allgemein der Grundsatz herrschend geworden, daß dasselbe auch, ohne daß ein Schaden zugefügt und ein gegenwärtiger Rechtsanspruch bereits erwachsen sei, geübt werden könne. Eine allgemeine Praxis, die um so leichter entstehen konnte, als man dieselbe im Wesen des deutschen Rechtes wohl begründet hielt, hat sich dafür gebildet, und es hat der Satz auch seinen Weg in neueren Gesetzgebungen gefunden. Die Pfändung wegen Besitzstörungen, d. h. um die Rechtsnachtheile präjudicirlicher Handlungen abzuwenden, kann aber zum Schutze aller an einem Grundstücke zustehender Rechte geübt werden, wobei es gleichgültig erscheint, ob dem Berechtigten eine possessio corporis oder juris zugeschrieben werden muß. Es dürfte dafür vielleicht auch anzuführen sein, daß deutsche Statuten, welche die Pfändung wegen Schuld u. dgl. (also aus fremder Were) für unzulässig hielten, doch dieselbe

---

189) In den Statuten der Stadt Blankenburg v. 1594. Feldschäden u. s. w. §. 1. (b. Walch verm. Beitr. Bd. 5, S. 190.) ist diese ältere deutsche Ansicht noch deutlich ausgesprochen: Welcher dem andern zu Felde oder vermachten Gärten an Früchten, wie die Nahmen haben mögen, bei lichtem Tage Schaden zufügt oder dieselben Früchte entwendet, der soll solches mit fünf Schill. verbüßen, und den Schaden nach Erkänntniß gelten, geschieht es aber bei Nacht, der wird am Leibe bestraft. §. 2. Wer dem andern an Zäunen, Weinpfählen, Hopffgärten, Hopffstangen, Fechsern, Satzweyden, fruchtbaren Bäumen oder andern Schaden zufügt oder entwendet, der soll solches mit einem Gulden verbüßen und den Schaden nach Erkänntniß tragen und gelten. — Von der dabei stattnehmigen Pfändung ist §. 5. 6. die Rede. Was hier von eigentlichem Feldschaden gesagt, gilt auch von Jagd, Fischerei u. s. w. Vgl. auch Heffter's Lehrb. des Criminalrechts §. 513. 522. 523.

dem Rentengläubiger, dem nur eine Rentengewere zustand, gestatteten. — Doch möchte eine Ausdehnung des Pfändungsrechtes, wie sie sich bei älteren Juristen findet, um dadurch sich in einer angeblichen quasi-possessio von Rechten zu behaupten, die weder als Ausflüsse des Eigenthums noch als jura in re aliena zu betrachten sind, sehr bedenklich sein. Das Pfändungsrecht nämlich, mit welchem wir es hier zu thun haben, welches sich aus dem Pfändungsrecht überhaupt heraus oder wohl nur neben demselben schon in frühester Zeit, als ein Institut zur Beschränkung der Gewaltthat und Rache, aber auch zum Schutz der an landwirthschaftlichen Grundstücken zustehenden und auszuübenden Rechte gebildet hat, kann nicht, ohne seinen ganzen Charakter aufzugeben, dahin erweitert werden, daß es als ein Schutzmittel des Besitzstandes überhaupt erscheint, und also etwa um Gewerbs-, Bannrechte geltend zu machen, geübt werden könnte. Die Rechtslehrer der Jetztzeit haben, ohne sich ausdrücklich darüber auszusprechen, durchgängig jene Ansicht aufgegeben, indem sie das gemeinrechtliche Pfändungsrecht als in unzertrennlicher Verbindung mit Rechten am Grund und Boden stehend betrachten. Auch das Preußische Landrecht kennt eine solche Ausdehnung des Pfändungsrechtes nicht. Wo eine solche gerechtfertigt werden soll, kann sie nicht aus dem landwirthschaftlichen Pfändungsrecht, wie wir es hier nennen können, welches sich allein als gemeinrechtliches Institut erhalten hat, abgeleitet werden, sondern es muß dieselbe besonders begründet werden; sei es auf eine weitere Erhaltung von Resten des Pfändungsrechtes, als eines allgemeineren Institutes zur Ausübung und Verfolgung zustehender Rechte, sei es auf besondere gesetzliche Bestimmung oder eine entschiedene Praxis, welche sich für die von Juristen aufgestellte Theorie des Pfändungsrechtes als Mittel zur Erhaltung des Besitzstandes gebildet hat. Eine gewisse legale Sanction hatte indeß zur Zeit der bestehenden Reichsverfassung, die Erweiterung jenes stets als zulässig angesehenen, landwirthschaftlichen Pfändungsrechtes dadurch erlangt, daß die Reichsgesetze es als ein Mittel voraussetzen, wodurch Reichsunmittelbare sich nicht nur in der Ausübung grundherrlicher Rechte in dem Umfang einer fremden Jurisdiction, sondern auch in dem Besitz von Hoheitsrechten erhalten, und Ein-

griffe dagegen abwenden konnten [190]). Man könnte daher, was hier nur angedeutet werden soll, allerdings wohl noch die Frage aufwerfen, in wie weit ein Pfändungsrecht unter Mitgliedern des deutschen Bundes und besonders aber unter Subjicirten statt finden könnte? Daß „Streitigkeiten unter Bundesgliedern nicht mit Gewalt verfolgt werden können", steht der Pfändung wohl nicht unbedingt entgegen, denn dieselbe soll ja nur ein Mittel sein, einen Vergleich herbeizuführen oder die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Daß die durch die Reichsgesetze aufgestellten, auf die Reichsgerichte und den Reichsproceß sich beziehenden Vorschriften, welche das Pfändungsrecht unter Unmittelbaren normirt haben, theilweise nicht mehr zur Anwendung kommen können, kann auch nicht den Untergang des nicht durch die Reichsgesetze erst geschaffenen, sondern nur als bestehend anerkannten, beschränkten und geregelten Instituts bewirken.

§. 2.

Wer kann pfänden?

Schon ältere Juristen stellen die Regel auf, daß derjenige zur Ausübung der Pfändung berechtigt sei, der entweder von dem Schaden betroffen worden, oder dessen Recht bedroht wird [191]). Daher kann auch demjenigen, welcher nur ein persönliches Recht hat, wie der Pächter, die Befugniß wegen Schadens zu pfänden nicht abgesprochen werden [192]). Zu enge ist Mittermaier's

---

190) Davon handelt Gail's angeführte Abhandlung de pignoratione. Vgl. Gerstlacher's Handb. d. Reichsges. Bd. X. S. 2370—2436.

191) Stryck l. c. hat die Regeln (c. 2. §. 22.): Cuicunque pignoratio ex moribus non est interdicta, illi censetur esse concessa, und §. 57. Omnem illum ad quem damnum datum spectat, pignorando damnum a se avertere posse. Kreittmayr a. a. O. N. 3. S. 1271. „den der zugefügte Schaden oder das Präjudiz trifft."

192) Richtiger sagt aber Phillips D. Privatrecht Bd. 1. S. 411. „Daß die Pfändung auf dem Grund und Boden vorgenommen werden muß, auf welchem der Pfändende diejenigen Rechte ausübt, in denen er beschädigt oder präjudicirt ist." Die Ansicht mancher Anderen läßt sich oft nicht bestimmt annehmen, weil man nicht weiß, was sie mit dem Ausdruck Besitz bezeichnen wollen.

Definition des Pfändungsrechtes, indem er es als eine dem Eigenthümer zustehende Befugniß bezeichnet [193]). Es dürfte sich auch wohl kein erhebliches Bedenken der Ansicht der älteren Praktiker entgegenstellen, daß die Pfändung selbst gegen den Eigenthümer des Grundstückes geübt werden kann, so fern die übrigen Bedingungen der Pfändungen vorhanden sind [194]). Umgekehrt hat man aber auch angenommen, daß der Eigenthümer den Servitutenberechtigten pfänden kann, wenn er die Gränzen seines Rechtes überschreitet, z. B. eine zu große Zahl Vieh oder krankes Vieh auftreibt, oder zu unrechter Zeit der Weide gebrauchen will [195]). — Schon in den ältesten Rechtsquellen, namentlich in den skandinavischen, finden sich Spuren [196]), daß auf Gemeindeland einem jeden Miteigenthümer das Pfändungsrecht zustand, und zwar scheint dieses nicht nur gegen Fremde, sondern eben so gegen Genossen statt gefunden zu haben, wenn sie sich nicht innerhalb der Schranken, welche für die Nutzung des Gemeingutes gesetzt waren, hielten. Da in Gemeinde- und Markordnungen die Benutzung des Gemeindegutes geordnet, für die Uebertretung Strafen und Bußen gedroht waren, so stand der Gemeinde vermöge einer Gerichtsbarkeit, wie sie früher jede Genossenschaft hatte, auch die Pfändung für die Bußen, nicht blos auf frischer That, sondern nach gesprochenem Urtheil, aus der Were des Buß- oder Bruchfälligen zu. Bis in die spätere Zeit, nachdem die Selbstständigkeit der Genossenschaften überhaupt erloschen war, die Gemeinde als solche keine Gerichtsbarkeit mehr hatte, haben sich Reste davon erhalten [197]). Die

193) Sehr ausführlich beantwortet Stryck (c. 2. §. 23 sqq.) die sich gestellten Fragen: wer zu pfänden befugt: der Grundherr? auch ein Pupill oder Minderjähriger? der Vasall? Emphyteute? Nutznießer? Pächter? —

194) S. Stryck l. c. §. 72 sqq. Cramer Observ. jur. univ. obs. 87. und bes. auch Kreittmayr a. a. O. S. 1272.

195) Feldmann de incl. animal. c. 13. Leyser medd. CXI. §. 4. Hommel de custod. animal. c. VI. §. 3.

196) S. Note 160.

197) Spangenberg zu Struben's rechtl. Bed. Bd. 3. S. 305. bemerkt auch unter Verweisung auf Ramdohr's jurist. Erfahrungen Th. 3. S. 473., daß das OAG. zu Celle angenommen habe,

Juristen sahen dieselben, wo sie ihnen begegneten, als eine von allen Regeln abweichende, durch Privilegien oder Verjährung rechtlich zu begründende Befugniß an. Struben äußert darüber einmal Folgendes [198]): „Man erlaube vielfältig den Landleuten in einigen Fällen, denjenigen, so etwas Strafbares begehet, auszupfänden und zu bestrafen, welches Bauerköhre oder Bauerrecht genannt wird. Deswegen hat die Königl. Hannöversche Justizcanzlei 1773 die Gemeinde Gilinhausen — daß sie von undenklichen Jahren die Holzverbrechen straft und die Wrugen gehalten hat — zum Beweise zugelassen. Im gegenwärtigen Fall waren mehrere Gründe vorhanden, warum solches geschehen müssen." — „Die Cellische Polizeiordnung von 1618 — darin ist nur versehen (c. 12. §. 3.) — daß an verschiedenen Orten die Tuchten [199]) um etliche Sachen Willen unter sich selbst Pfändung zu thun und zu strafen pflegen. — Es leidet also keinen Zweifel, daß ein Recht zu pfänden und zu strafen, wenn es gleich nicht auf frischer That geschieht, per praescriptionem immemorialem erlangt werden kann" [200]). Dieses Pfändungsrecht hat eigentlich mit dem unfri-

daß die Interessenten einer Gemeinheit das Recht, auf frischer That zu pfänden, nicht nachzuweisen brauchten.

198) Struben rechtl. Bedenk. N. 674. b. Spangenberg Bd. 3. S. 307.

199) Es wird bemerkt, daß Tuchten (probitas) nach Wachter's Glossar die ehrlichen Leute bezeichnet.

200) Auf solche gemeinde-gerichtliche Pfändung ist eine Braunschweigische Verordnung vom 31. Oct. 1747. (s. Scholz Schäfereirecht S. 270) zu beziehen: „Die bei vielen Gemeinden eingerissene böse Gewohnheit, daß sie bei verrichteten Pfändungen, sofort auf Kosten der Gepfändeten, eine Tonne oder halbes Faß Bier, auch wohl ein Mehreres vertrinken, und mit solcher Strafe Bauerköhren verlangt, soll als ein unvernünftiger Mißbrauch nicht geduldet und nachdrücklich bestraft werden." Vgl. Grimm's RA. S. 871. Wozu noch zu bemerken: Geringe Strafen und Brüche wurden oft gleich vertrunken, S. Sp. III. 64. §. 11, und daher denn oft gleich in Wein oder Bier angeschlagen. In jener Verordnung wird aber auf einen Gebrauch hingedeutet, wonach, wenn die Rügen und Pfändungen geschehen waren, nun auch auf Kosten der Bruchfälligen ein Gelage gehalten wurde.

gen nichts zu thun; näher verwandt ist diesem aber, wenn bei einer Markgenossenschaft oder sonst zur gemeinen Benutzung liegenden Wald, das Recht über die gehörige Benutzung des Waldes zu wachen, auf einen Holzgreven, Markrichter oder dgl. übergegangen ist, und ihm nur allein das Recht zusteht, die, welche frevelnd im Wald betroffen werden, zu pfänden, um die Sache dann vor das Märker- oder Holtthing zu bringen [201]). — Die Pfändung kann nicht nur durch den Eigenthümer oder Berechtigten selbst, sondern unstreitig auch durch seine Leute und Gesinde geschehen, zu deren eigentlicher Dienstpflicht es mit gehören kann. Von den Gemeinden pflegten auch wohl zum Bewachen nicht nur der Gemeinde-, sondern auch aller Privatländereien besondere Personen bestellt zu werden (Flur-, Feldschützen, Flurhüter) [202]), zu deren eigentlichen Amtspflicht es gehört, die, welche daselbst frevelnd betroffen worden, so wie Vieh zu pfänden [203]), daher sie wohl auch Pfänder genannt werden [204]).

---

201) Puffendorf de jurisd. Germ. P. III. S. 1. c. 2. §. 6. p. 642., wo aus einem Receß zwischen Herzog Otto von Braunschweig und Georg v. Heimbrock v. J. 1528 angeführt ist: Zum dritten soll Georg von Heimbruch auf dem Todte und sunst des Stifts Holzungen nach seiner Gerechtigkeit, wen er auf dem Holze betrett oder die Holzschworen wrogen, pfanden, und so die nicht willen, wie sichs gebührt machen will, soll Georg die Pfande auf dem Meigerhoff zu Bostede bringen, und die Pfandunge vor dem Holtunge verfolgen, so daß daſſelbſt davor Abtracht und Wille gemacht werde.

202) Hagemann Landwirthschaftsr. §. 15. a. E.

203) Statuten d. Stadt Ilm v. 1596. c. 8. §. 5. b. Walch Beitr. Bd. 5. S. 133. „Alles, was der Fluhr-Schütze schadhafft befindet, es sei in unsers Gnädigen Grafen oder der Bürger Güter, das soll er pfänden, und die Pfande auf das Rathhaus antworten." Vgl. §. 3. das. Stat. Goetting. a. 1354. b. Puffendorf Observ. T. III. App. p. 195. unde det mach panden de burmester eder de veltwarde eder de stadtknecht eder des dat land is.

204) Braunschw. allg. Landesordnung v. 7. März 1647. Art. 65. (bei Scholz Schäfereirecht S. 269.): Ein jedes Dorf sol gleicher Gestalt einen, zweien oder drei Pfänder nach Gelegenheit und Nothdurft der Feldmark zu bestellen, und voor dem Amte oder Gerichtsherrn alle Jaare beaidigen zu laſſen schuldig sein. Welche Tages und Nachts dahin sehen sollen, damit nimand auf Aekkern, Wisen, oder andern Orten Schaden geschehe: Wessen Vyh betreten wird, das sol

Diese sind dann wiederum verantwortlich, wenn sie dabei etwas von ihrer Pflicht verabsäumen. — Die Forstbedienten pflegten gleichfalls zum Pfänden befugt und verpflichtet zu sein [205]). Aus den Grundsätzen von der negotiorum gestio haben ältere Juristen dann ableiten wollen, daß jeder Dritte im Interesse eines Andern Pfändungen vornehmen könne [206]). Allein die deutschen Rechtsquellen enthalten, so weit sie mir bekannt geworden, durchaus nichts, woraus sich eine solche Befugniß ableiten ließe [207]), und so halte ich es sehr bedenklich, die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts auf eine nur dem deutschen Recht bekannte, außerordentliche Weise der Geltendmachung seiner Rechte anzuwenden. Man hat als Schattenseite des Pfändungsinstitutes immer hervorgehoben, daß es leicht zu thätlichen Streitigkeiten Veranlassung giebt; bei Pfändungen durch Dritte, nicht Betheiligte, würde dieses in noch größerm Maaße der Fall sein. Es dürfte daher wohl als ein in dem Geiste des Institutes begründeter Grundsatz angenommen werden können, daß nur diejenigen Personen zur Pfändung

---

one Unterschied bis zur Erstattung des Schadens und Erlegung 3 fl. Strafe dem Gerichte nebenst dem Pfandgelde, so der Pfänder von jeglichem Stück haben soll, in den Pfandstall getrieben werden.

205) Herzogl. Braunschw. Verordn. v. 5. Mai 1815, das in Forststrafsachen zu beobachtende Verfahren betreffend, §. 4. (b. Scholz a. a. O. S. 270.): Die Forstbedienten sind befugt, sich der Frevelwerkzeuge, der Aexte, Sägen, Beile u. dgl. zu bemächtigen, auch bei Hude-Wrogen die Pferde, Kühe, Schafe u. s. w. zu pfänden.

206) Stryck l. c. c. 2. §. 61. 62. Kreittmayr a. a. O. N. 4. S. 1272.

207) Diese Ansicht läßt sich aber auch nicht blos durch das Schweigen der deutschen Rechtsquellen, sondern auch durch eine positive Bestimmung einigermaßen unterstützen. In einem Artikel des Rechtsbuches nach Distinctionen (II, 4. Dist. 7.), der die Bestimmung des Goslarschen Stadtrechts (s. oben Note 92.) noch genauer festsetzt, wird bei der Pfändung wegen Zinses festgesetzt, daß dazu nur befugt sei: der Herr oder sein Gesinde — (von einem Zinsmeister reden andere Rechtsquellen) — oder im Falle der Abwesenheit oder Siechthums des Herren „einer seiner Freunde, den er dazu in Gegenwart von zwei Schöppen oder Biedermänner die Macht gegeben hat."

Namens eines andern befugt sind, welche dazu eine besondere oder in dem Dienst- und Amtsverhältniß begründete Vollmacht haben.

§. 3.

Wodurch wird die Zulässigkeit der Pfändung bedingt?

Bei der Pfändung ist, damit sie als gerechtfertigt erscheint, vorauszusetzen:

1, Ein rechtliches Interesse von Seiten desjenigen, der die Pfändung vornehmen will. Es muß ihm daher ein Schaden zugefügt, oder durch eine präjudicirliche Handlung eines seiner Rechte wirklich bedroht sein. Wenn es daher bei Mittermaier[208]) heißt: „dieses Recht findet statt bei Beschädigungen von Grundstücken durch Thiere oder Anmaßungen von Personen, Rechte auf fremden Grundstücken auszuüben oder solche ohne Rechte zu betreten, z. B. bei eingesäeten Fluren"; so möchte das letztere als nicht klar ausgedrückt erscheinen. Die Anmaßung, ein Grundstück betreten zu dürfen, d. h. in so fern dadurch ein Recht als bestehend angedeutet wird oder erworben werden soll, ist, seitdem die Pfändung ein Mittel zum Schutz des Besitzes geworden ist, ein Grund zur Pfändung; das Betreten besäeter Fluren fällt aber unter den Gesichtspunkt der Schadenszufügung. Wo aber weder ein Schaden geschehen ist, noch eine Rechtsanmaßung statt findet, kann gemeinrechtlich das Betreten fremder Grundstücke nicht als Pfändungsgrund gelten. Es ist in einem solchen Fall eine Pfändung überhaupt nur möglich, wenn entweder ein Pfändungsgeld, als Rest der alten Buße, für das widerrechtliche Eingehen noch vorkömmt[209]) (was aber durchaus nicht überall der Fall ist), oder eine Strafe durch das Gesetz oder Polizeiverordnungen dafür festgesetzt ist. In diesem letztern Fall kann aber vermöge Gesetze oder Herkommens wohl noch ein Pfändungsrecht vorkommen[210]). Im Sachsenspiegel findet die Pfändung statt, wenn

208) Mittermaier Deutsch. Privatr. §. 152.

209) S. oben S. 252.

210) Das Preuß. Landr. §. 417. bestimmt: Wegen blos verwirkter Strafen kann eine Privatperson nur alsdann zur Pfändung

man über einen bestellten Acker fährt [211]), aber sie ist unerlaubt, wenn jemand seinen Weg über einen **unbestellten** Acker nimmt [212]); offenbar weil dem Herrn desselben dadurch kein Schaden geschieht und das Fahren oder Gehen über fremde Grundstücke **an sich** kein Unrecht ist. Die Glosse macht hierzu aber schon die Bemerkung: „Und vernimm dieses, so fern sich ein Weg darüber gebühret. — — Schlüge aber oder führe einer einen neuen Weg, darum möchte man ihn wohl pfänden" [213]. Mir scheint die Glosse, und das bestätigt ihr übriger Inhalt, mehr schon von einer römischen als deutschen Ansicht ausgegangen zu sein. Bei den Juristen finden wir daher die Sätze, daß man den Fuhrmann nicht pfänden mag, der über fremden Acker fährt, „wenn derselbe so fest gefrohren ist, daß die Pferde nicht eintreten und der Wagen nicht einschneiden kann, und daß man eben so ohne Gefahr der Pfändung sich der Hütung auf den Aeckern bei gefrohrner Saat wohl gebrauchen möge" [214]).

2. Die Pfändung kann wohl nur dann als geeignetes Mittel, sein Recht geltend zu machen, betrachtet werden, wenn sie dem Pfändenden einen Vortheil gewährt, bestehe dieser in ei-

schreiten, wenn sie ein besonderes Interesse dabei hat, daß durch Vollstreckung der Strafe ihr Recht gegen künftige Beeinträchtigungen gesichert werde.

211) S. Sp. II. 27. f.

212) S. Sp. II. 47. §. 5. Ungewunnen land sve dar over veret, et ne si en geheget wese, die blift is ane wandel. — **Rechtsb. n. Dist.** II. 10. D. 10. Wer obir gewunen lant vert, der muz von yodeme rade sechs phenge geben, unde den schaden muz her irlegen. Verd her abir obir ungewunen land, des blybet her ane wandel, [und] wo her dy wege myden muz [daz si alz bose sint] daz he dy nicht gefarn kan [dez blibit her ouch ane wandel]. Die eingeschlossenen Worte, welche den Satz deutlicher machen, sind aus dem Eisenacher Rechtsbuch III. 79. bei **Ortloff** S. 725.

213) **Hommel** (de cust. et pign. anim. VI. §. 3.) freut sich nicht wenig über diese Glosse, wodurch der Artikel des S. Sp. so beschränkt wird, daß er nun eigentlich gar nichts sagt (ut fere nulla sit), und man nun doch getrost mehr nach c. 11. C. de servit. als nach dem S. Sp. entscheiden könne.

214) **Stryck** l. c. c. 3. §. 15—17. **Kreittmayr** N. 3. S. 1271.

ner für die Forderung durch das ergriffene Pfand erlangten Sicherheit oder einer Erleichterung des Beweises. Wenn auch die Pfändung im ältern Rechte als eine Beschränkung der Rache erscheint, so ist sie doch zugleich eine provisorische Selbsthülfe, deren Ausübung wie die Rache, durch das subjective Sichverletzthalten des Pfändenden mit bestimmt wird [215]). Sie erscheint in unserer ganzen Rechtsverfassung um so mehr als ein außerordentliches Rechtsmittel. Ich würde daher ganz dem Satze Kreittmayr's [216]): „daß, wenn der Endzweck durch andere ordinari Mittel eben so leicht erreicht wird, man das extraordinarium anzugehen nicht nöthig hat", vollkommen meine Zustimmung geben, — denn auch nach älterm deutschen Rechte würde eine Pfändung mit begünstigt worden sein, wenn etwa ein angesessener als sicher bekannter Mann in Gegenwart von Zeugen versprochen hätte, den Schaden, den er eben angerichtet, nach der Taxation zu ersetzen, — wenn nicht dem Satze eine Bedeutung untergelegt wird, wodurch das Pfändungsrecht zugleich zu einem remedium odiosum in jure nach der Ansicht der älteren Juristen gemacht wurde. Auf die neuere Gesetzgebung ist diese Ansicht der Juristen nicht ohne Einfluß geblieben. Theilweise war dadurch die s. g. Pfändungs-Constitution in den Reichsgesetzen hervorgerufen, und eben so hat sie sich bei der Abfassung des Baierischen, vorzüglich aber des Preußischen Landrechtes, wie oben bemerkt worden, geltend gemacht; denn während jenes als Bedingung stellt, „daß der geschehene Schaden ohne vorzunehmende Pfändung schwer zu beweisen oder es dem Beschädigten schwer sei, sich zu erholen" [217]), erkennt dieses eine Zulässigkeit der Pfändung nur an, „wenn der Zweck derselben durch richterliche Hülfe

---

215) Hommel de custodia anim. VIII. §. 8. p. 36. bemerkt: Rara pignorationis species obvenit, quam re melius perspecta aliqua ratione claudicantem non cognoscas. Plus enim sibi indulgent privati, quam leges et finis pignorationis permittunt. Das mag freilich wohl oft der Fall sein. Nur darf man die Gränzen nicht so enge ziehen wollen, wie Hommel oft u. A.

216) Kreittmayr a. a. O. S. 1271.

217) Baier. Landrecht Th. II. c. 6. §. 24.

nicht zu erreichen sei" u. s. w. [218]). Selbst Hagemann spricht die Ansicht aus, daß eigentlich nur unter den von dem Preußischen Gesetzbuch gestellten Bedingungen die Pfändungen zulässig sein sollten [219]). Noch in anderer Weise ist die Pfändungsbefugniß schon früher in Mecklenburg beschränkt worden [220]), indem man sich anfänglich nur über den erlittenen Schaden beschweren und Erstattung begehren, aber erst, wenn dieses nicht geachtet wurde, die Pfändung des Viehes erlaubt sein sollte.

Das Pfändungsrecht findet aber, wenn die sonstigen Bedingungen der Zulässigkeit vorhanden sind, nicht statt:

a. Wenn der, welcher sich beeinträchtigt hält und deshalb zur Pfändung schreiten möchte, selbst in so fern die Schuld trägt, als er nicht die von den Gesetzen erforderlichen Vorsichtsmaaßregeln beobachtet und die gehörigen Anstalten zum Schutz seiner Besitzungen getroffen hat. Wie weit die Pflicht des Grundbesitzers hier geht, läßt sich nur nach Landesbrauch und Gesetzen entscheiden. Zwar gilt jetzt als gemeine Regel, daß „niemand gezwungen werden kann, seine Felder, Wiesen, Weiden, Gärten und andere Grundstücke zu umzäunen und zu befriedigen, um sie gegen Beschädigungen der Menschen und Thiere zu sichern, wenn ihm solches nicht gefällig ist; denn ein jeder hat die Verbindlichkeit, sein zahmes Vieh in Obacht zu nehmen und den Schaden zu ersetzen, welchen dasselbe durch versäumte Aufsicht und Nachlässigkeit des Herrn oder der Seinigen auf fremdem Eigenthume zugefügt hat" [221]); allein die Grundsätze der ältern deutschen Landwirthschafts-Polizei [222]) scheinen davon sehr

218) Preuß. Landrecht I, 14. §. 414—416 f. S. oben S. 257.

219) Hagemann Landwirthschaftsr. §. 318.

220) Mecklenb. L. R. u. G. O. P. II. T. 41. §. 1.

221) Hagemann Landwirthschaftsr. §. 165. S. auch Scholz III. Zeitschr. für Landwirthschaftsr. Bd. 1. H. 1. (Gartenrecht) S. 26. Phillips Deutsch. Privatr. Bd. 1. S. 411. „Keinesweges ist es aber erforderlich, daß der Besitzer des Grundstückes solche Vorkehrungen getroffen haben mußte, welche das Vieh am Ueberschreiten der Gränzen verhindert haben würden."

222) Die ältesten germanischen Volksrechte sind reich an landwirthschafts-polizeilichen Vorschriften, besonders die Skandinavischen.

abweichend gewesen zu sein. Es war Pflicht, die Felder mit Zäunen zu umgeben [223]); wer es nicht that, hatte nicht nur den durch seine Vernachlässigung entstandenen Schaden zu tragen, sondern wurde auch seinen Nachbaren verantwortlich, und konnte in Strafe genommen werden [224]). Es findet sich dieses

---

Michelsen in seinem Aufsatz über das nordische Armenrecht in d. Cranien f. deutsch Privatrecht hat einmal eine Zusammenstellung der in der Graugans insbesondere enthaltenen Vorschriften versprochen. Mit Anton's verdienstlichem Werk scheint der Gegenstand selbst vernachlässigt zu werden.

223) Es wäre zu untersuchen, ob dieses in allen Gegenden der Fall war. Bei den Angelsachsen mußte jeder seine Felder umzäunen, wie aus den bereits oben angeführten Stellen (s. Note 124.) aus den Gesetzen des Königs Ina c. 40. 42. hervorgeht. Die l. Sal. em. X. 11. und L. Rip. LXXII. §. 1. —, „in messe aliena vel in quacunque libet clausura", — womit auch die Ueberschrift beider Titel zu vergleichen, weisen auf etwas Aehnliches hin. Außerdem sind in den Volksrechten viele Vorschriften über die Einrichtung der Zäune und Bußsatzungen für die Beschädigung derselben enthalten, woraus aber nicht folgt, daß die Felder und Wiesen überhaupt umzäunt werden mußten. Doch enthält das Westgothische Recht (VIII, 4, 28.) die Vorschrift, da wenigstens die Grundstücke zu umzäunen, wo leicht eine Beschädigung derselben möglich ist, so daß man nur unter dieser Bedingung berechtigt war, Schadensersatz zu fordern und daher Thiere zu pfänden. Von den späteren mittelalterigen Rechten weiß ich hier das Rechtsbuch K. Ludwigs v. Baiern c. 71. (b. v. Freyberg Samml. hist. Schrift. Bd. 4. S. 419.) anzuführen: Ez sullen auch all panzaeun gezaeunt und gefridet sein an sant Jörgentag, swer dez nicht tuot, so mag fronbot in die lukken sitzen, und sol den nachgepawern darzuo gebieten und sol dem zuo sprechen auf den ayt, wez die luk sey und der sol dem fronbot zwelf pfenning geben, und sol im fronbot gebieten ze friden in acht tagen, taet er daz nicht und geschaech davon jeman dhain schade u. s. w. Und das Rechtsb. nach Dist. II, 10, 1. Wer sin lanth seth adder had beseth der sal by den strasszen unde wegen vorgraben unde vorczunen. Tud he des nicht, unde geschet om schade von yemandes wegen, den musz her om haben; es wer denne, daz man von rechten muthwillen doruf trebe unde doruffe hutte, do mag her wol umbe pfenden unde dorumbe clagen.

224) In der zweiten Bearbeitung des Westgothländischen Gesetzes ist ein Abschnitt, der besonders vom Feldschaden handelt: Utgiaerþas

schon in den älteren skandinavischen Rechten. Eine Folge davon war dann, daß, wenn das Vieh einen Schaden in einem nicht umzäunten Grundstück anrichtete, der Vieheigner diesen nicht zu ersetzen verpflichtet war, weshalb denn auch in diesem Fall kein Pfändungsrecht statt hatte [225]). Dieses bestimmt dann namentlich auch noch das Geldernsche Landrecht [226]): „Als jemant selver oorsaeke tot schade van Beesten heeft gegeven by gebreke van syn Landt, behoorlyk bevrijdt oft aff getuynt te hebben en maegh daer vor die Beesten niet schutten" u. s. w. In dem Preußischen Landrecht findet sich die Bestimmung, „daß wegen bloßen Uebertretens des Viehes in ungeschlossenen Feldern unter Nachbaren keine Pfändung statt findet" [227]). Das Gesetz kann so für sich allein betrachtet, vielfach gedeutet werden. Es hat auch in der That Anstoß und Bedenken erregt [228]). Ich möchte es für einen Rest des ältern

holk, d. i. Abschnitt von den Zäunen, überschrieben. Bis zum grünen Donnerstag mußte jeder seine Felder umzäunt haben. Die Größe der Buße richtete sich mit nach der Größe der gelassenen Oeffnung. Jeder Nachbar konnte klagen und deshalb auch bedingungsweise (s. oben S. 267.) pfänden. Im Uplandsgesetz kommen die Nachbaren, deren Felder durch einen gemeinschaftlichen Zaun umgeben sind, von denen jeder seinen Theil unterhalten muß, unter dem Namen vaernae lagh (von vaern, defensio und lagh, societas) vor. Man wird dadurch an die Deichbände erinnert. Vgl. auch Jyt. Low III. 57—59.

225) Westgöta L. II. fornaemix B. c. 35. (b. Schlyter p. 206.) Pfändet jemand eines Mannes Vieh in nicht umzäuntem Felde (Takaer maþaer in manz fae at garþlöso), so büße er zweimal 16 Oertugher.

226) Geldern Landr. Th. 2. Tit. 6. §. 5. n. 9. (b. Maurenbrecher Rhein. Provinzialrechte Bd. 2. S. 664.). Im Folgenden wird dann auch von der Verantwortlichkeit der Nachbaren gehandelt.

227) Preuß. Landr. a. a. O. §. 428.

228) Scholz III. Schäfereirecht S. 263. bemerkt darüber: das Gesetz kann zu Mißdeutungen führen: — „der Hirt muß auch vor den nicht eingehägten Feldern unter Umständen (?) wehren. Auch kann das Uebertreten und die Nachbarschaft keinen Grund zum Nichtpfänden an die Hand geben. Der im zeitigen Wehren nachlässige Hirt kann sich eben so wenig mit dem bloßen Uebertreten

deutschen Rechtes halten, des Sinnes: daß ein Nachbar nicht verantwortlich sei, wenn er sich keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht und das Nachbarland nicht befriedet gewesen. Dieser Meinung bin ich aber um so mehr, da das Gesetz aus einer ältern Quelle geflossen ist [229]. Dabei würde aber dann die Pflicht oder doch die Sitte, sein Grundstück zu umzäunen, vorausgesetzt werden, wie das nicht mehr der Fall ist. Man hat dem Gesetz daher die Deutung gegeben, daß die Pfändung nicht statt finde wegen bloßen Uebertretens, d. h. wenn nicht zugleich ein Schaden geschehen [230]. Nach gemeinem Recht versteht sich dieses von selbst, denn wofür hätte gepfändet werden sollen, da hier weder ein Schadensersatz noch Buße gefordert werden konnte? Hagemann giebt die Worte des Landrechts als gemeinrechtlichen Satz [231].

b. Genau verwandt mit Obigem ist auch der Satz, der freilich heut zu Tage auch nur als particularrechtlich gelten kann: Daß Thierpfändung wegen Schadens nur in den geschlossenen Zeiten statt findet [232], und also nicht zulässig ist, wenn jemand

auf einem zu schonenden Acker entschuldigen, als er hier, wenn Schaden geschehen oder zu fürchten ist (?), das Pfänden hindern kann."

229) Kammer-G. O. v. 1. März 1709: Bei ungeschlossenen Feldern aber, da ein oder ein ander Stück Vieh übergetreten, soll mit der Pfändung unter Nachbarn nicht verfahren werden, dafern nicht ein Theil durch beständigen Ueberlauf oder Uebertretung des Viehes sich einiges Recht anmaßen wollte. (Vgl. Götze Provinzialrecht der Altmark Th. 1. S. 113.) — Hier mag aber selbst schon eine ältere Quelle im Sinn der Zeit gedeutet worden sein.

230) Verordnung f. das Austreiben des Viehes u. s. w. für Ost- und Westpreußen v. 1. Mai 1803; für die Chur-Neumark und Pommern v. 8. April 1806 (Ergänzungen des allg. Landrechtes Bd. 1. S. 489.): Wenn übrigens das Vieh in ungeschlossenen Feldern unter Aufsicht des Hirten blos übertritt, ohne Schaden zuzufügen, soll unter Nachbaren keine Pfändung statt finden. — So auch C. F. Koch in der jurist. Zeit. f. die Preuß. Staaten v. 1832. S. 1119.

231) Hagemann a. a. O. §. 320.

232) Sunesen legg. Scaniae IX. 12. Non est totus annus animalium custodia deputatus. Verum illud tempus totum, quod a Vigilia Pentecostes inchoatur et in Vigilia St. Michaelis Archan-

sein Getraide über die Zeit hinaus auf dem Felde stehen läßt [233]). Dieser Grundsatz findet sich auch in dem Sachsenspiegel und verwandten Rechtsbüchern, nur mit der Verschiedenheit, daß kein bestimmter Termin angegeben ist, sondern nur gesagt wird, man könne wegen Feldschadens nicht pfänden, wenn alle Uebrigen ihr Getraide eingefahren haben [234]). Es ist dieses dann auch in verwandte Rechtsbücher und noch geltende Statuten übergegangen [235]).

c. Wenn Wege nicht die gehörige Breite haben, so kann der ausweichende Fuhrmann genöthigt sein, das Getraide des anstoßenden Feldes zu berühren, ohne daß ein Schadensanspruch an ihn gemacht werden kann; Gesetze erklären in solchem Fall die

---

geli terminatur. Unde alio quocunque tempore si reperiantur in agris et pratis, non possunt animalia comprehendi, sed absque alia laesione depelli.

233) Wendisch-Rugianische Landrecht (Tit. XVI.) c. 75. Veltschaden (bei Dreyer Monument. anec. p. 321.): Im Fürstendhom Ruegen hefft et vele Zanckens, des Veldtschadens haluen, und men moth hir tweyerley ansehen. Thom Ersten, dat Veldtschaden steidt an van Philippi Jacoby vnd wahret alle tydt, dat mandt Korne im Felde hefft, all wehre dar ock Korne beth Michaelis buthen. Thom anderen, so syndt alle Velde, Heyden, Weyden, Holte, Möhre undt Wischen, van Michaelis wente Philippi und Jacobi freye, vtherhalven bethünde Coppelen, stahnde Höw Wischen, Winter Sandt undt Holt laden, Woll nu pandet op Korne, in Wyschen van Philippi und Jacobi wente Michaelis, dieweile noch Korne edder Heuw buten is, das moth de Pander dem Pandeden (?) synen Schaden uprichten, in sodaner Wahre, als dar ehme Schade inne gescheen is. Es ist dieses noch in der spätern Pommerschen Polizeiordnung bestätigt und erst durch Verordnung v. 29. April 1775 aufgehoben. S. Motive zum Entwurf des Provinzialgesetzb. (angef. Note 163.) S. 253 und 256.

234) S. Sp. II. 48. §. 2. Let ein man sin korn ute stan, als alle lüde ir korn inne hebbet, wert et eme gevret oder getret man ne giltes ime nicht. — Rechtsb. n. Dist. II, 10, 3. — „do mag her nicht umbe gephenden." — Eisenach. Rechtsb. III, 72. b. Ortloff S. 721.

235) Eisenacher Statut. Th. 3. art. 19. Vgl. Sachse Herzogl. Sächs. Privatrecht §. 252.

Pfändung für unstatthaft [236]). Unfahrbarer Zustand der Wege [237]) oder sonstige Verhinderung des Gebrauchs derselben hat dieselbe Folge [238]). Ein Beispiel für letzteres enthält schon das Rechtsbuch nach Distinctionen [239]): „Eyn iczlich man sal sinen weg of om selver haben zcu sinen acker. Haben lute eyne willeckor, daz sy eynen weg mit enander haben uf or beyder land glich, ab eyner sinen teyl in deme selben rechte wel verkouffen, verkouft auch eyner hinder ome by adder nebene eyme andern eyn stucke ackers, der des weges bedarf, den en mag her ome uf den weg nicht verkouffen ane dez willen des der weg gemeine ist. Lest her ome nicht weges uf daz stucke, so musz her on uf deme sinen lasszen farn, es sy gewunnen land adder nicht."

d. Bei mehreren Juristen findet sich noch als Ausnahme: daß eine Pfändung nicht statt finden könne, wenn ein Reisender

---

236) S. Sachse Herzgl. Sächs. Privatr. §. 252. Not. 8. Das s. g. Recht der Anwende, d. h. mit dem Pfluge auf fremdem Felde umzukehren, kommt als eine gesetzliche deutsche Servitut, oder als ein Nachbarrecht vor; s. Mittermaier deutsch. Privatr. IV. §. 167. Wo es statt findet, kann natürlich von einer Pfändung nicht die Rede sein.

237) Rechtsbuch nach Distinctionen II, 10, 10. Auch die Märkische Flecken-, Dorf-, Ackerordnung v. 1702. §. 33. erklärt, daß keine Pfändung erlaubt sei, wenn man über Aecker fährt, weil die Wege nicht gebessert und passabel sein. In dem Entwurf eines Provinzialgesetzb. f. d. Herzogth. Magdeb. (s. Note 181.) Motive S. 52. hat man es beibehalten, weil im Winter die Wege oft wirklich nicht zu passiren und die Vorschrift im praktischen Gebrauch sei. Dagegen hat man im Entwurf für die Altmark S. 112. (Not. 180.) eben so bestimmt diese Vorschrift für unpassend erklärt, weil Nothfälle der Art jetzt in der Regel nicht mehr vorkommen, und weil eine solche Erlaubniß leicht eine Menge schwer zu schlichtender Streitigkeiten veranlaßt.

238) L. Wisig. VIII, 4, 24. Si iter publicum clausum aut constrictum sit, rumpenti sepem aut vallum nulla calumnia moveatur.

239) Rechtsb. n. Dist. II, 10, 8.

seinem Pferde von fremdem Felde zu fressen giebt[240]), weil dieses, wenn er nur nichts von dem Getraide mit sich nimmt, erlaubt gewesen. Es beruht dieses auf ausdrücklichen Bestimmungen in dem Landfrieden K. Friedrichs I.[241]) im Longobardischen Lehnrecht[242]), dem Sachsenspiegel u. s. w.[243]); aber diese Bestimmungen sind nur als Ergebniß eines allgemeinen Grundsatzes des ältern deutschen Rechtes zu betrachten, wonach es einem Wanderer und Reisenden überhaupt gestattet war, von fremdem Eigenthum so viel als die Noth gebot zu nehmen, ohne sich eines Diebstahls oder einer Eigenthumsbeeinträchtigung schuldig zu machen. Bald wird es daher gestattet, drei Aepfel, drei Trauben, eine Handvoll Nüsse zu pflücken, um sie zu essen[244]); Holz zu hauen, um eine zerbrochene Wagenachse u. dgl. zu ersetzen[245]), den Pflug, die Egge wieder auszubessern, Schlitten und Schiffe wieder in den Stand zu setzen[246]), ein Feuer anzu-

240) Hommel l. c. p. 17. „in casu necessitatis equum transeuntem in alieno agro pascere licet."

241) K. Friedr. I. Landfr. §. 23. b. Senckenb. I. 9.

242) L. Feudor. II, 27. §. finalis.

243) S. Sp. II. 68. Eine Reihe Weisthümer führt noch an Grimm RA. S. 400. Vgl. auch Eichhorn Rechtsgesch. §. 298. — Jyt. Low III. 47. „der Reisende, der seinem Pferde ein oder zwei Garben giebt, ist nicht Dieb oder Räuber." III. 51. a. E. „dem wegfahrenden Mann und dem Gast soll man nicht Weide weigern." Dahle L. Thiuf. B. §. 17. „giebt der wegfahrende Mann seinem Pferde so viel Heu, als es bedarf, so ist er sachlos." Mag. Lag. Gulath. þiof. c. 11. p. 545. — Legg. Wisig. VIII, 4, 27. — Legg. Rotharis c. 363.

244) L. Rotharis c. 301. — is usque tres (uvas) tulerit nulla sit ei culpa. Vgl. Grimm RA. S. 523 u. 554. — Außerdem noch Gragas Landabrigd. c. 47. P. II. p. 347. Ber oc savl eiga menn at eta, sem vilia at osekio i annars landi.

245) Skåne L. X. 4. „Wenn jemand in einem gehegten Wald (häghnäde scoghe) eine Achse bricht, mag er sich eine Achse hauen, so groß, als die gebrochene, und den Baum, den er dazu fällt, soll er nicht mit fortführen, oder 2 Unzen Buße bezahlen.

246) Grimm RA. S. 401. a. E. u. Gragas l. c. c. 35. P. II. p. 245. Magnus L. Gulath. Landsl. c. 17. i. f. p. 360. Daselbst c. 22. p. 396.

machen[247]): „Humanae societatis liberalitas quaedam concedit ex nemore alieno, licet domini conniventia non accedat, ut quotquot axes franguntur in curribus per nemus transeuntium alienum: tot ex ipso nemore possint restaurari. Si quid tamen praeter ipsos axes ex lignis succisis fuerit deportatum duarum orarum exigit satisfactionem. — Licet quoque de fructu nemoris puta, de nucibus, avellanis vel aliis, dum transit edere transeunti. Licet quoque deferre, sed quantum pugnus vel suae capiunt chirothecae etc.[248]). — Es wird hierbei aber vorausgesetzt, daß es in Noth geschah, der wegfahrende Mann sich nicht anders helfen konnte, und auch wohl, daß er bereit war, so weit er es vermochte, dem Eigenthümer, wenn er ihn traf und dieser es verlangen mochte, nach Billigkeit Vergütung zu leisten[249]). Die Gesetze bestimmen eigentlich nur, daß der Thäter dadurch nicht bußfällig werde. Bauer[250]) hat wohl so unrecht nicht, wenn er meint, das Pfändungsrecht werde eigentlich durch die Erlaubniß, seinen Pferden Futter zu geben, nicht aufgehoben, in so fern nämlich der Eigenthümer Bezahlung verlangen konnte und diese (wie man aber hinzusetzen muß) willkürlich verwei-

247) Sunes. L. Scan. X. 2. in Westphalen Mon. IV. p. 2074.

248) L. Rotharis c. 305. — Nam si iterum homo propter utilitatem suam foris clausuram scapulaverit, non sit ei culpa. — Weiter war bei den Burgundern der Gebrauch fremder Wälder ausgedehnt: L. Burg. XXVIII. 3. Si quis vero quemquam de jacentivis et non fructiferis arboribus lignum usibus suis necessarium praesumere fortasse non permiserit, ac si ei pignora tulerit, restitutis pignoribus, inferat mulctae nomine sol. sex.

249) In Magnus Gulathings Ges. a. a. O. heißt es: „er soll sich dann Holz fällen dürfen, wenn er nirgend etwas zu kauf bekommen oder geschenkt erhalten kann und in Noth ist" (nema hann nae hvarki kaups ne ordlofi a, oc gengr naudsyn vid). In der Grauganś a. a. O. ist vorgeschrieben, der Reisende soll, wenn er Holz gefällt hat, in dem nächsten Hof, bei welchem er vorbeikommt, es anzeigen und dem Eigenthümer, nach Schätzung der Nachbaren, Zahlung zu leisten versprechen; was dann in 14 Tagen erfolgen soll. Ges. auch S. Sp. II. 39. vgl. mit II. 68.

250) Bauer de pignoratione priv. p. 13.

gert wurde. — Es möchte übrigens wohl kein Grund sein, ohne besondere rechtliche Veranlassung die Freundlichkeit des altdeutschen Rechtes durch den Eigennutz der Zeit für beseitigt zu halten, wiewohl bei unseren veränderten Verhältnissen Nothfälle der Art weniger vorkommen möchten. Hagemann bemerkt [251]): „daß die Fuhrleute ehedem das Recht behaupteten, von dem Felde, bei welchem sie vorbeifuhren, so viel zu nehmen, als sie zu einem Futter brauchten, welches ihnen aber wohl nirgends wird eingeräumt sein." Schwerlich; Dank sei den Wirthshäusern!

Alle obige Fälle sind streng genommen gar nicht als ausnahmsweise Beschränkung des Pfändungsrechtes anzusehen, denn wo das Recht eine Handlung nicht als rechtsverletzend ansieht, kann auch selbstverstehender Weise eine Pfändung nicht stattnehmig sein. Eine wahre Ausnahme aber ist: die Nichtpfandbarkeit der Posten. Es ist dieses durch Postordnungen und besondere Gesetze in sehr vielen Ländern ausdrücklich bestimmt [252]). Darauf hin oder gestützt auf sehr allgemeine Gründe wird die Nichtpfandbarkeit der Posten, als sich von selbst verstehend, angesehen [253]). Was von den Posten gilt, ist dann auch auf Couriere und Staffeten auszudehnen. Das Verbot, die Posten zu pfänden, um ihnen keinen Aufenthalt zu machen, hebt aber die Forderung eines Schadensersatzes keinesweges auf [254]).

---

251) Hagemann Landwirthschaftsr. S. 104. Anm.

252) Hagemann a. a. O. §. 318. Das Preuß. Landrecht sagt allgemein a. a. O. §. 418.: „Gegen Posten, Staffeten, Couriere ist keine Pfändung erlaubt." Ueber das Sächs. Recht, Postordnung v. 1731. §. 10. (Cod. Aug. T. II. Col. 1051.), s. Bauer de pign. priv. p. 10 sqq.

253) J. H. Boehmer consult. N. 1013. §. 15. (T. II. P. 2. p. 363.) — „cum salutis publica ratio omnium privatorum jura limitet, quod potissimum circa postas attendenda." Hommel de inst. anim. p. 21. meint daher auch, daß die Nichtpfändung dann auf alle Fälle auszudehnen sei, „ubi par aut major salutis publici ratio adest.

254) Mevius Dec. P. 1. D. 112. N. 7. Hommel, Bauer, Hagemann a. a. OO. Letzterer hat noch die Notiz, daß sich in Böttger's Beiträgen z. Erläuterung des Forstrechts S. 18 ff. sehr gute Bemerkungen über die Pfändung der Posten finden sollen.

§. 4.

Wie muß die Pfändung ausgeübt werden?

1. Erste Regel bei Ausübung der Pfändung ist, daß dieselbe nur auf frischer That, d. h. so lange das schadende Vieh oder die verletzende Person die Gränzen des Grundstückes noch nicht überschritten hat, geschehen kann. Die Auffassung der Pfändung als eines Schutzmittels des Besitzes hat freilich ältere Juristen hin und wieder wohl zu einer abweichenden Ansicht verleitet, wie dieses z. B. in einem von Leyser mit Recht angefochtenen Erkenntniß des Helmstädter Spruchcollegiums der Fall war [255]). Jene Regel beruht aber nicht nur auf ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen [256]), sie ist auch im ganzen Wesen des Institutes und in der Entwickelung des germanischen Rechtes begründet. Wie bei uns eine Bedingung rechtlicher Nothwehr ist, daß sie unmittelbar geübt werde, so war es im ältern deutschen Recht dieselbe — worauf sich bei fortgehender Beschränkung die ausnahmsweise zugelassene Rache und Selbsthülfe stützte. Es scheint aber im Geiste des deutschen Rechtes gelegen zu haben, und in der sinnlichern Anschauung des Alterthums begründet gewesen zu sein: das Unmittelbare, Gegenwärtige, weniger nach einem Zeitmaaße als entweder nach gewissen Merkmalen der That [257])

---

255) Leyser medd. CXI. §. 7. Es heißt in demselben, „es sei bei der Pfändung nicht sowohl auf die Zeit und den Ort, als die Intention zu sehen und könne eine Pfändung im Sinn und Meinung sein Recht zu erhalten gar wohl auch ex intervallo und in alio loco geschehen." Uebrigens ist über die Art und Weise, wie die älteren Juristen diese Ansicht, die sich besonders auch auf die Autorität Gail's (de pign. obs. XVI.) stützt, selbst da herauszubringen suchten, wo „die frische That" als Erforderniß ausdrücklich angegeben war (wie im Landfrieden v. 1548. Tit. 3. §. 2.), nachzusehen: Gerstlacher Handb. d. Rechtsges. Bd. 10. S. 2330.

256) Sunes. legg. Scan. X. 1. Si reum in ipsa succisione dominus deprehendat. — S. Sp. II. 28. Vint man ene in der stat. II. 40. — werdet des manes perde bestedeget in der hanthaften dat.

257) So z. B. galt es als ein frischer, handhafter Diebstahl: wenn der Dieb noch mit der gestohlenen Sache in den Händen ergriffen wurde; eine frische Nothzucht, wenn die Frau noch die Spuren der Gewalt an sich trug u. dgl.

oder nach einer räumlichen Gränze zu bestimmen [258]). Die natürlichste Gränze, die sich aber darbot, war, in so fern jemand in seiner Behausung, seinem Besitzthum verletzt worden war, daß die That noch als eine unmittelbare galt, so lange der Frevler oder das schadende Object noch nicht aus den Gränzen desselben sich entfernt hatte. Diese Ansicht wurde mehr noch dadurch befestigt, daß die Zulassung einer gewissen Gewaltübung innerhalb der Were auf ganz natürlichen Verhältnissen beruhte und an sich weniger anstößig und gefährlich sein konnte [259]). Wenn daher die Thiere oder die Menschen, welche einen Schaden angerichtet, nach der That die Gränzen der Were überschritten hatten, so hatte die Befugniß zur Selbsthülfe ihr Ende erreicht und eine Pfändung war nicht mehr zulässig. Im Jütischen Low [260]) findet sich folgende dafür zeugende Bestimmung: „Geht jemand in eines Andern Wald, um da Holz zu hauen, wo er selbst keinen Antheil hat, beladet er seinen Wagen und kommt einer von den rechten Miteignern darauf zu und findet ihn bei dem Stumpf [261]) oder ehe er auf die Landstraße

258) Die nordischen Rechte gestatten in manchen Fällen die Rache an Ort und Stelle, wo die Verletzung, der Angriff, der Todtschlag geschehen war (a vettvangi, a vigvalli). Die Graugans bestimmt auch einmal (P. II. p. 19.), was darunter zu verstehen, nämlich eine Schußweite im Umkreise von dem Ort, wo der Angriff zuerst geschah (vgl. über die Wurfs- und Schußweite als Maaß Grimm RA. S. 55 ff.); an einer andern Stelle (P. II. p. 91.) wird die Wurfsweite aber auf eine gewisse Zahl Fuß zurückgeführt, und so die Alterthümlichkeit der Bestimmung verwischt.

259) Nach dem Ostgothländischen Gesetz (Ebz. c. 2. b. Schlyter p. 28.) konnte man den, der Heimsuchung gethan, bußlos innerhalb der Were (garþe) erschlagen; geschah es, nachdem er daraus entflohen war, so mußte man ihm nach Landrecht, d. h. mit dem gewöhnlichen Wergeld, vergelten. War er auf der Flucht erschlagen und war mit dem Haupt nach innen, mit den Füßen außerhalb der Hofgränze gefallen, so mußte er vergolten werden, weil es dann angesehen wurde, als habe er, da er den tödtlichen Schlag erhielt, die Gränze schon überschritten gehabt.

260) Jyt. Low II. 74. p. 234.

261) In der Ausgabe von Rosenvinge steht at stolnae, was zu übersetzen wäre: mit dem Gestohlenen; allein Rosenvinge selbst

kommt und nimmt er ihm die Sache, die er mit sich führt, so ist er deshalb kein Räuber. Kommt er aber auf die Landstraße und weist er nach, von wem er es (das Holz) in rechtmäßiger Weise bekommen hat, so soll er ihn nicht aufhalten, sondern soll ihm nach seinem Hause folgen" u. s. w. [262]). — Die deutschen Statuten fordern bald ein Antreffen zur Stelle, bald bei der That. Durch beides soll aber eines und dasselbe bezeichnet werden, und man darf nicht, wie es jetzt wohl geschieht, gleichsam als ein zweifaches Erforderniß bei der Pfändung aufstellen, daß sie auf frischer That und an demselben Ort oder auf dem Grund und Boden des Pfändenden geschehen müsse. — Wenn die Person oder das Thier, welches gepfändet werden soll, die Flucht ergreift, so kann eine Verfolgung auch nicht über die Gränze des Gebietes des Pfänders fortgesetzt werden. Es würde dieses schon um deshalb oft unthunlich sein, weil eine solche Verfolgung in vielen Fällen ohne neue Verletzung fremden Eigenthums zu begehen und zu veranlassen kaum möglich sein würde [263]). Spätere Statuten haben indeß davon zuweilen eine

---

bemerkt, daß alle MS. sonst lesen: at stofnae, d. i. bei dem Stumpf des gefällten Baumes. Diese Leseart ist aber um so unbezweifelt richtiger, weil in Bezug auf derartige Waldfrevel, „jemand beim Stumpf ergreifen", gewissermaaßen technisch ist, für „auf frischer That ergreifen." So z. B. Skåne L. X. 2. Varder man takin — widärs stufn i annars manz skoghe. — Westgöta L. I. fornaemix B. c. 2. §. 2. (Schlyter p. 61.): Takaer maþaer viþ stuff bondae aeller bondae sun etc. cf. Ostgöta L. Bygda B. c. 31. i. f. (Schlyter p. 220.). Uplands-L. Wiþerb. B. c. 14. §. 9. (Schlyter p. 234.). Die niederdeutsche Uebers. des Jüt. Low hat; uppe der stede unde stempue; die lateinische: in loco, qui dicitur stoffn. — „Se trahere ad radicem vel truncum arboris" beim Diebstahl: Cod. Jur. Lubec. a. 1266. b. Westphalen Mon. III. Col. 644.

262) Vgl. auch Jyt. Low II. 76. (p. 236.) und Erici lex Siaellandica IV. c. 28. (ed. Rosenvinge p. 198.), wo ebenfalls die Pfändung nur so lange als zulässig erklärt wird, bis er „aus seinem eigenen Walde oder auf die Landstraße gekommen ist." (S. Note 145.)

263) Ueber die Richtigkeit dieser Ansicht scheint auch S. Sp. II. 47. §. 3. (s. oben Note 132.) keinen Zweifel zu lassen, auf welche Stelle sich dann auch Leyser medd. 595. §. 8., der dieselbe Ansicht ver-

Ausnahme gemacht, und das Recht der Verfolgung innerhalb der Gränzen der Feldflur zugestanden[264]). So dann auch das Preußische Landrecht[265]). Da aber die Pfändung jetzt auch zum Schutz der Rechte dient, die jemand auf fremdem Gebiet auszuüben hat, so setzt das Landrecht noch weiter hinzu: „Hat jemand auf einer fremden Feldflur ein auf einem gewissen District eingeschränktes Recht; so kann er innerhalb dieses Districtes die Pfändung vornehmen. — Erstreckt sich das Revier, innerhalb dessen jemand ein Recht auszuüben hat, über die Gränzen einer Feldflur hinaus, so bestimmen die Gränzen des Reviers den Bezirk, in welchem er Pfändungen vorzunehmen berechtigt ist."

---

theidigt, stützt. Auch das Gelderusche Landr. a. a. O. N. 8. sagt: „so en sal men die Beesten niet vervolgen by schultinge." Leysern stimmen aber auch u. A. bei: Hommel de pign. et cust. animal. c. VII. §. 6. (p. 29.) Rhaps. 584. 11. Struben rechtl. Bedenken N. 674. Curtius Sächs. Civilrecht §. 1163., während Stryck de pign. c. IV. n. 19—22., gestützt auf Thomae de noxia animal. c. XXIV. n. 12., eine Verfolgung über die Gränzen des Grundeigenthums hinaus für zulässig hält; so auch Kreittmayr a. a. O. und dann Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Th. 2. S. 360., und insbesondere auch H. G. Bauer de pign. p. 16 sqq. und Mittermaier §. 152.

264) Z. B. Statuten d. Stadt Blankenburg von 1594. bei Walch Beitr. Th. V. S. 109. „Würde er einen andern an seinem Schaden finden und pfänden wollen, der Schadenthäter aber flüchtig würde und er ihm nacheilt, soll er denselben auf anderer Leute Güter und Straßen, so weit sich die Flur erstreckt, zu pfänden Macht haben. — Uebereinstimmend Statuten der Stadt Ilm bei Walch a. a. O. S. 131.

265) Pr. Landr §. 420. „Außerhalb der Gränzen der Feldflur, auf welcher die Beschädigung oder Störung erfolgt ist, darf der Beeinträchtigte den Beschädiger oder Störer mit der Pfändung nicht verfolgen." — Hagemann Landwirthschaftsr. §. 319. giebt auch hier denselben Satz mit denselben Worten für gemeines Recht aus. Mit Recht bemerkt aber Scholz III. Schäfereirecht S. 262., daß es im Begriffe der ausnahmsweise gestatteten Selbsthülfe liege, daß auf frischer That oder nur innerhalb der Gränzen des Eigenthums gehandelt werde und eine solche Erweiterung des Pfändungsrechtes über die ganze Feldflur nur eintreten sollte, wenn durch Flurschützen u. dgl. dazu bestellten Personen die Pfändung vorgenommen würde.

2. Die Pfändung ist nicht nur ohne alle irgend vermeidliche Gewalt, Kränkung und Beschädigung, sondern auch mit möglichster Schonung vorzunehmen. So sagt das Salische Gesetz [267]): **Si animal aut caballum vel quodlibet pecus in messe sua invenerit penitus eum laedere non debet.** Mehr noch geht der Geist des germanischen Rechtes aus einigen näheren Bestimmungen der nordischen Rechte hervor: Man soll die zu pfändenden Thiere „eintreiben", wie es in den deutschen Rechtsbüchern heißt, und nicht dabei jagen, daß sie Schaden nehmen mögen [268]); man soll Pferde, nach anderen Statuten, nicht einmal heimreiten, sondern nur heimleiten [269]), und ihnen deshalb auch keinen Sattel auflegen [270]). Bei einer Pfändung, heißt es ein ander Mal, soll man das Hand-, nicht das Sattelpferd nehmen [271]). Schonung des Viehes war, wie oben nachgewiesen, ja ein Hauptgesichtspunkt bei dem Pfändungsinstitut. Wie sehr aber dieses oft verdunkelt ist, zeigt sich darin, daß in Lehrbüchern, Erkenntnissen und neuen Gesetzen man sich noch besonders hervorzuheben veranlaßt sah, daß keine gefährliche Waffen oder reißende Hunde bei der Pfändung gebraucht werden dürfen [272]). Eine Gewaltanwendung gegen Personen oder Mißhandlung derselben konnte bei dieser Auffassung noch um so

---

267) L. Sal. em. X. 1.

268) Upl. Wiþerbo B. c. 7. pr. — aei spillae aellr spraengiae.

269) Ostgöta L. Bygda B. c. 17. §. 1. skul leþa egh riþa.

270) Eriks Sjell. L. V. 22. (Rosenv. p. 224.)

271) Westg. L. I. forn. c. 2. (Schlyter p. 61.) — öknote þaet aer fiaerme aer.

272) Preuß. Landr. a. a. O. §. 423. — Hagemann a. a. O. §. 319. a. E. — E. Klein Rechtsspr. der Hall. Juristenfac. Bd. 1. S. 199., wo wegen Gebrauchs von Schießgewehren 50 Rthlr. erkannt worden ist. — Beiläufig sei es bemerkt, daß in den nordischen Rechten, und Aehnliches läßt sich dann auch in den Volksrechten nachweisen: Tödten vom zahmen Vieh mit Waffen, welches für eine böswillige Handlung angesehen wurde, als eigenes Verbrechen galt (gor nithing genannt), welches sich zu anderer Tödtung des Viehes ganz ähnlich verhielt, wie Mord zu Todtschlag. Die Doctrin hat sich auf die Einführung dieses letztern Unterschiedes nicht viel zu Gute zu thun!

weniger gestattet sein. Als unerlaubte Gewalt wurde es indeß, wie es scheint, nicht angesehen, wenn man Mittel zur Erreichung seines Zweckes anwendete, die nicht zugleich in eine Beschädigung und Mißhandlung übergingen, also z. B. Personen festhielt, wenn sie entfliehen wollten, die Stränge am Wagen löste, ja selbst das Abhauen derselben, welches man jetzt wohl besonders als einen Mißbrauch hervorhebt [273]), und sogar das Umwerfen des Wagens [274]), wird in Rechtsquellen als erlaubte Gewalt erwähnt. Es ist dabei aber wohl auf die Beschaffenheit des Fuhrwerkes u. s. w. zu sehen, in wie fern nämlich dergleichen ohne eine eigentliche, nicht ganz unbedeutende Beschädigung möglich war. Auch kommt das Benehmen des zu Pfändenden, die Art des Widerstandes dabei in Betracht. Der Gesichtspunkt des moderamen inculpatae tutelae, welchen die älteren Juristen einstimmig hier nehmen, paßt nicht; denn die Pfändung wird nicht allein vorgenommen, um einen Schaden abzuwenden, sondern vielmehr um Ersatz für einen zugefügten Schaden sich zu sichern. Wie weit der Pfändende eine gewisse Gewalt zur Erreichung seines Zweckes anwenden darf, läßt sich gar nicht absolut bestimmen; das richterliche Ermessen wird hier wie so oft bei den Pfändungen, wo es sich häufig um ein Mehr oder Minder handelt, entscheiden müssen. — Wo aber eine gewisse größere Gewaltanwendung gleich von vorn herein gestattet ist, wie das Tödten oder gewaltsamere Austreiben von Thieren [275]), da ist dieses als eine über die Pfändung hinausgehende Befugniß anzusehen. Man hat sich dabei immer innerhalb der gesetzlichen Schranken zu halten, und auch hier möglichst ohne animus nocendi zu verfahren [276]). Die Befugniß, Thiere zu tödten oder

273) So bemerkt Leyser medd. 595. i. f.: Animadverti ex actis, rusticos nonnunquam loco pignorationis lora dissecare, atque hoc pro consuetudine inter agricolas recepta, einem Ackergebrauche venditare. At enim vero hoc cum natura pignorationis pugnat (?) — et de consuetudine recepta non constat. Itaque istam ruptionem lororum pro facto illicito nuper declarari.

274) S. Note 145.

275) S. oben Note 130—132. 187.

276) Riccius specil. jur. Germ. p. 664. bemerkt richtig: Si canes in porcos, anseres in fundo existentes irruerint, eosdem extra

gar sich anzueignen, kann nur noch da gelten, wo sich ein Recht dazu besonders nachweisen läßt.

3. Zur schonenden Ausübung der Pfändung gehört es eigentlich auch, daß, soweit es sich irgend mit dem rechtlichen Interesse des Pfänders verträgt, nur die dem zu Pfändenden möglichst entbehrlichen Gegenstände genommen werden. Er wird daher, sobald er sich ein Pfand zu geben bereit finden läßt, nach eigner Wahl eine genügende Sache hingeben können [277]). Schon im ältesten deutschen Rechte ist die Norm begründet, und zwar für die gerichtliche nicht minder, als für die außergerichtliche Pfändung jeder Art, daß bei der Pfändung von Landwirthen Vieh nur dann erst zu nehmen ist, wenn andere genügende fahrende Habe nicht vorhanden ist [278]). Bei anderen Ständen und Gewerbtreibenden wird davon eine analogische Anwendung zu machen sein [279]). So wie nach älterm germanischen Recht der, dessen Vieh gepfändet worden, berechtigt und verpflichtet zugleich war, es gegen ein anderes Pfand auszulösen, wie dieses auch heutigen Tages wohl noch statt findet, so wird man denn überhaupt dem Gepfändeten die Befugniß zugestehen müssen, wie sie auch das Preuß. Landrecht ihm einräumt [280]), das genom-

---

fundo aufugentes sponte et absque alteriori concitatione fuerint persecuti, dominus fundi interfectis iis excusandus erit. Quodsi autem canes post intermissam persecutionem, instigante domino anseres jam fundo expulsos impetiverint eosque momorderint, dominum non excusamus. cf. Carpzov ad Const. XXVII. P. 2. Def. I. Hommel de pign. VI. §. 6. p. 31.

277) Das Preuß. Landrecht a. a. O. §. 427. stellt es als eine Singularität hin, daß von Fracht- und Reisewagen geladene Gütern nicht wider Willen des Inhabers gepfändet werden dürfen. So auch Hagemann a. a. O. S. 320. — Sind aber andere pfandbare Sachen da, so ist dieses nichts Besonderes, wie dieses sich eigentlich schon aus dem §. 426. (not. 280.) ergiebt; ganz wird aber doch wohl ein Frachtführer oder Reisender sich durch solche Weigerung der Pfändung nicht entziehen können.

278) S. oben Note 38—44. Leyser medd. 595. 13.

279) Vgl. auch Bauer de pign. p. 19.

280) Preuß. Landr. §. 426. Ist der Gepfändete erbötig, statt des gepfändeten Stückes ein anderes Pfand, welches zu vorstehender

mene Pfand gegen ein anderes auszutauschen oder sonst hinlängliche Sicherheit dafür zu bestellen. Personen sind überall kein Gegenstand der Pfändung, sondern nur Sachen; denn daß man einen Menschen aufhält, um ihn zu nöthigen, ein Pfand zu erlegen, ist keine Pfändung, sondern nur eine Weise, diese zu bewirken [281]). Ist eine Pfändung nicht zu bewirken, und kann der Angehaltene nicht in der Nähe, wohin man ihn zu folgen sich nicht wird weigern können [282]), eine genügende Sicherheit bestellen, so wird ein obrigkeitliches Festhalten alsdann allerdings bewirkt werden können [283]). Daß aber auch dieses sich von der Pfändung unterscheidet, tritt besonders in den Ländern hervor, wo der Pfänder die gepfändete Sache nicht an die Gerichte abzuliefern verpflichtet ist, sondern in seinem Gewahrsam behalten kann [284]).

4. Vorzüglich wird in den späteren Verordnungen über das Pfändungsrecht und in den neueren Gesetzbüchern hervorgehoben, daß die Pfändung nicht übermäßig sein soll [285]). In den

---

Deckung hinreichend ist, niederzulegen: so ist der Pfändende selbiges anzunehmen und nöthigen Falls bis an den nächsten Ort, wo die Niederlegung geschehen kann, zu folgen schuldig.

281) S. oben S. 242 ff.

282) Hagemann §. 320. not. 2. — Oben Note 151. 280.

283) Richtig bemerkt dieses auch Kreittmayr a. a. O. S. 1275.

284) Das Preuß. Landrecht verordnet §. 424. „In der Regel sind nur Vieh und andere bewegliche Sachen ein erlaubter Gegenstand der Pfändung.“ §. 430. „Personen sollen nur alsdann angehalten werden, wenn die Sachpfändung entweder gar nicht, oder nicht ohne sich der Person selbst zu versichern, zu bewerkstelligen ist. Vgl. Hagemann a. a. O. §. 320. — Bei der Pfändung unter Reichsunmittelbaren zur Aufrechthaltung ihrer Gerechtsame wurden freilich oft die gegenseitigen Unterthanen selbst festgenommen. Doch wurde auch hier dieses Fahen eigentlich von der Pfändung unterschieden und man suchte demselben auch Gränzen zu setzen. Vgl. Conc. der CGO. Th. 2. T. 23. Eing. u. §. 1. 2. 5. Gerstlacher Hdb. Bd. 10. S. 2382. 2406.

285) Kurf. Joh. Georg's Märk. Constitut.: „Und soll auch, wann die Pfändung vorgenommen, damit gebürliche Maaße gehalten, und nicht alles Vieh, sondern nach Gelegenheit des zugefügten Schadens allein ein Haupt, 2 oder 3 genommen werden. — Und sollen

älteren germanischen Rechten findet sich nur, was ebenfalls auch in neuerer Gesetzgebung besonders hervorgehoben wird, daß nicht ganze Heerden gepfändet werden sollen, welche Vorschrift früher insbesondere in Bezug auf die Pfändung wegen Schuld gegeben worden war [286]). Andere Bestimmungen fehlen, und namentlich schweigen die Rechtsbücher und die verwandten Quellen. Bei der Personalpfändung scheint man sich oft mit der Abnahme geringfügiger Gegenstände begnügt zu haben, namentlich solcher,

---

in solchen Fällen keine große Pfändungen vorgenommen, sondern solche bei 100 Rthlr. Strafe verboten sein." — Salzdahlumer Landtagsabsch. v. 3. Juni 1597. art. 21. „Nachdem mit übermäßigen Pfändungen voor disen vyl Unrichtig- und Weitläufigkeiten erregt — — sol man sein bescheidentlich dagegen die rechtmäßige Gebür und Maaße, so zu Erhalt- und Vertheidigung des Seinen oder seines anbefohlenen Amtes sich eignet, fürnämen, und nicht ganze Heerden und Haufen Vihes oder Pferde, sondern nach Gelegenheit des Exceß allein zu Behuuf gebührenden Abtrags, der Uebertrătung gemäß, ein Haas oder Fischgarn, Rad, Rutten vom Wagen, 2 oder 3 weniger oder meer Stükke Vihes oder sonst etwas, darauf kein großer Schade mit Zeerung und Futter lauft, pfanden." — Wolfenbüttler Landtagsabsch. vom 27. Jan. 1619. art. 28. Auch das Baierische Landrecht verbietet Th. 2. c. 6. §. 24. „ein unnöthiges allzusichtliches Uebermaaß." Das Oestreichische Gesetzb. §. 1321. erlaubt „so viele Stücke zu pfänden, als zu seiner Entschädigung hinreicht."

286) Preuß. Landr. §. 429. bestimmt dieses dahin: „Ganze Heerden zu pfänden ist nur alsdann erlaubt, wenn einzelne Stücke davon nicht gepfändet werden können, oder wenn durch Pfändung solcher einzelnen Stücke der gesetzmäßige Zweck der Pfändung gar nicht zu erreichen stünde." Welcher Fall mag dabei wohl gedacht sein? Aus einem andern Gesichtspunkt schreibt die Braunschw. Verordnung üb. d. Verfahren in Forststrafsachen vom 5. Mai 1815. (bei Scholz Schäfereirecht S. 271.) vor: „In dem Falle, wo eine Pfändung nöthig ist, genügt es, wenn von einer größern Anzahl Viehes nur ein oder ein paar Stücke gepfändet und in den vom Ortsvorsteher anzuweisenden Pfandstall gebracht werden; hirtenlos umherstreifendes Vieh muß, um Beschädigungen (des Landes, nicht des Viehes, wie nach älterer Ansicht, s. S. 235.) dadurch zu verhüten, und sich über die Eigenthümer Gewißheit zu verschaffen sämmtlich eingebracht werden, wozu der Beistand der Unterthanen aufgefordert werden kann."

mit welchen, wie es noch heute zu Tage üblich ist, der Frevel ausgeübt war, weil diese um so mehr zum Beweise dienen konnten [287]). Doch war es wohl nach älterm Recht nicht als unstatthaft erachtet, wenn der Pfänder sich zugleich eine genügende Sicherheit für die Forderung durch sein Pfand zu verschaffen suchte. Erst später und zwar besonders in den Statuten nach Einführung des römischen Rechts scheint sich bestimmter hervorgestellt zu haben, daß die abgenommene Sache ein Unterpfand in unserm Sinne sein sollte. Doch war dieses nur auf Pfändung wegen Schadens anwendbar; denn da bei denen zur Erhaltung des Besitzes und der Unterbrechung der Verjährung, ein jeder, auch noch so geringfügiger Gegenstand ein genügendes Zeichen des gleichsam thatsächlichen Widerspruches ist, so muß das Maaß bei der Pfändung auch gemeinrechtlich so bestimmt werden, wie es durch das Preußische Landrecht (§. 425.) geschehen ist: „Daß nicht mehr gepfändet werden muß, als nothwendig ist, den erlittenen Schaden — (und muß wohl hinzugesetzt werden, die sonstigen bei einer Pfändung erwachsenden Forderungen) [288]) — nach einem ungefähren Ueberschlage zu decken oder sich des Beweises der unternommenen Pfändung zu versichern." — Zu weit geht daher Hommel [289]), wenn er meint, daß in der Regel bei jeder Art der Pfändung die geringste Sache hinreichen müsse, weil der Beweis das Hauptziel der Pfändung sei, und nur, wenn der Herr der schadenden Sache unbekannt sei, sich vertheidigen lasse, daß der Pfänder ein Pfand nimmt, welches etwa dem erlittenen Schaden gleichkommt. Die Pfändung wegen Schadens soll aber dem Pfänder diejenigen Vortheile verschaffen, welche überhaupt der Besitz eines

287) Stryck de pign. c. IV. §. 8—10. Kreittmayr a. a. O. S. 1273. Die in voriger Note angef. Braunschw. Verordnung: die Forstbediente sind befugt, sich der Frevel-Werkzeuge — zu bemächtigen. S. Note 243—249.

288) Böhmer Rechtsfälle Bd. 3. S. 700. — „nur so viel Vieh, als zur Erholung wegen des Pfandgeldes zugefügten Schadens und wegen der Kosten erforderlich sein dürfte." Das Preuß. Landrecht läßt aber auch ein Pfandgeld zu, wo kein Schaden geschehen ist. §. 444. vgl. mit §. 439.

289) Hommel de pign. et cust. anim. c. 7. §. 6. p. 30.

Pfandes giebt [290]). — Richtiger bemerken dagegen Andere, wie es zum Theil auch in den angeführten Gesetzesstellen ausgedrückt ist, daß bei der Pfändung nur ein ungefähres Maaß gehalten zu werden braucht, und auch bei einer entschieden übermäßigen Pfändung das, was zu viel genommen, herausgegeben, unter Umständen wohl auch Strafe erlegt werden muß, aber die Pfändung selbst nicht ungültig wird [291]).

4. Dagegen ist aber auch anderer Seits, Widerstand bei der Pfändung zu leisten, schon in den ältesten germanischen Rechten verboten [292]). Es gingen einige dieser Rechte so weit, daß sie, wohl unter Voraussetzung, daß der Widerstand einen gefährlichen Charakter annahm, selbst die Tödtung des sich Widersetzenden als unstrafbar ansahen. Namentlich verbieten die germanischen Gesetze die Wiederwegnahme des abgenommenen Pfandes [293]),

290) S. was schon S. 255 ff. 270 ff. bemerkt worden ist. Richtig sagt Scholz III. in dem Schäfereirecht S. 264. „Sie ist eine Selbsthülfe und ein Sicherungsmittel, wobei man sich um die Person des Verpflichteten nicht zu kümmern hat, sondern gerade darum die Sache nimmt, damit durch deren Besitz, Einlösung und Verkauf den weitläufigen Erörterungen über die Verbindlichkeiten oder täuschenden Angaben des Hütenden aus dem Wege gegangen werde."

291) Stryck l. c. c. 4. §. 27. 28. Bauer de pign. p. 20. bes. auch Scholz III. a. a. O. S. 273.

292) L. Rip. LXXII. 2. Si quis peculium alienum in messe adprehensum, ad parricum minare non permiserit XV solidis culpabilis judicetur. — L. Rotharis c. 351. Si quis peculium de damno suo ad clausuram minaverit, et ille, cujus peculium est ei antisteterit, componat solidum unum, excepto damno sicut arbitratum fuerit. Vgl. Note 148—152.

293) L. Burgund. XXIII. 3. Quodsi animalia, dum de damno ad clausuram minantur, de campo aut de quocunque loco illo cujus sunt, tollere praesumpserit, singulos tremisses per singula animalia solvat et mulctae nomine sol. III. — Westgöta L. II. Fornaemis B. c. 24. (p. 203.). Utgiaerþae B. c. 6. (p. 214.). Ostgöta L. Bygda B. c. 17. (p. 207.). Uplands L. Wiþerbo B. c. 7. §. 7. (p. 226.). — Sunesen legg. Scan. IX. 6. — In violatores hujus constitutionis pro varietate praesumptionis poena quoque varia constituta. Ut si quis animalia comprehensa manu ducenti rapuerit tres marcas nummorum. Aut si a propellente coram se abigendo fugaverit, duas oras. Aut si a domo compre-

die s. g. „Pfandkehrung“. Auch in neueren und wohl noch geltenden Statuten und Gesetzen ist dieses oftmals ausdrücklich hervorgehoben [294]), und es liegt schon in der Natur der Sache, daß eine solche Widersetzlichkeit als eine Gewalt anzusehen ist, die nach ihrer Beschaffenheit in verschiedenem Grade strafbar sein kann. Darüber herrscht auch keine Meinungsverschiedenheit, so wie die Juristen meistens noch einstimmig hinzusetzen, daß der Widerstand gegen eine unrechtmäßige Pfändung, und also auch die Wiederabnahme der etwa als Pfand ergriffenen Sache, nicht als widerrechtlich angesehen werden kann. Nach älterm deutschen Recht würde eine offenbar unrechtmäßige Pfändung, nach Umständen, als Diebstahl oder Raub angesehen worden sein. Verschiedene Ansichten dagegen herrschen in Betreff der s. g. Gegenpfändung. Man scheint aber nicht einmal über das, was

---

hensoris vel a curia jam inclusa extraxerit: tres marcas etiam nummorum emendet. cf. K. Eriks Siellands L. IV. 24. (p. 192.). Jyt. L. III. 50. (p. 380.).

294) Neumünster Kirchspielsgebr. Art. 47. „Nimt er es (das geschüttete Vieh) vorsätzlich aus des andern Gewehr oder Schütthagen, auf solchen Fall brüchet er und muß nicht weniger den erweißlichen Schaden erstatten.“ — Stat. Verdensia b. Puffendorf obs. I. App. p. 113. „Nemt we averst uth siner Were offe uth sinen Schudde-Kaven, dat is eine Walt, de schall dem Sake wolden geven eine halve Bremer Mark unde den Schaden betern.“ — Geldern Landr. a. a. O. n. 7. Niemant magh die geschutte Beesten teegens den danck oft wille van den Schutter entweldigen, oft uyt het schot weghnemen oft drijven, oft die schuttinge verhindern, op de breuke van ses Goltgolden (s. über letzteres Maurenbrecher Anm.). — Salzdahlumer Landtagsabsch. v. 1597. art. 21. a. E. — „da sich aber jemand an pfandbaren Ortern nicht pfanden lassen, sondern muutwillig mit Slagen, Hauen, Stechen oder in andern unzymlichen Wegen widdersetzen würde, derselbige soll deswegen nach Befindung mit unnachlässiger Strafe angesehen und belagt werden.“ — Wolfenbüttel. Landtagsabsch. v. 27. Jan. 1619: — „gleichwohl aber, in erlaubten und zugelassenen Fällen, sich keiner einiger Resistenz oder Widersetzlichkeit gebrauchen, sondern das Pfand willig bei ernster Straf folgen lassen.“ — Preuß. Landr. a. a. O. §. 458. „Wer sich dem Pfändenden im Begriffe der vorzunehmenden Pfändung entzieht, muß das Pfandgeld doppelt, und wer sich derselben mit Gewalt entzieht, dasselbe vierfach entrichten.“

mit dem Wort bezeichnet werden soll, einverstanden zu sein. Bald wird darunter die Abnahme einer andern Sache, um so gleichsam Pfändung gegen Pfändung zu setzen (mutua, reciproca pignoratio), verstanden [295]), bald wird das Unterscheidende darin gesetzt, daß die Pfandkehrung in continenti, die Gegenpfändung ex intervallo geschieht [296]), so daß es gleichgültig ist, ob das Pfand selbst oder eine andere Sache wieder genommen worden. Dem rein deutschen Rechte, welches davon ausging, daß die Pfändung auf eigenem Grund und Boden, und wegen angerichteten Schadens geschah, ist die ganze Idee fremd gewesen; sie scheint erst von den Juristen, welche die Pfändung vorzugsweise aus dem Gesichtspunkt eines Vertheidigungsmittels, eines remedium retinendae possessionis behandelt haben, aufgebracht zu sein. Aber da es nicht entging, daß dadurch große Mißstände herbeigeführt wurden, und Veranlassung zu vielfachen Gewaltthätigkeiten gegeben wurde, so haben vorzüglich deshalb Viele die Unzulässigkeit der Gegenpfändung (mutua pignoratio) behauptet [297]), und Gesetze haben sie sogar ausdrücklich verboten [298]). Da aber die Pfändung nicht

---

295) Gail de pign. obs. 12. Phillips deutsch. Privatr. Bd. 1. S. 412.-„Auspfändung dessen, der gepfändet hat."

296) Kreittmayr a. a. O. S. 1280. „Repignoratio heißt aber eigentlich, wenn ich statt des mir abgenommenen Pfandes, dem Gegentheil ein anderes oder zwar das nämliche, aber nicht auf der Stelle, sondern erst ex intervallo abnehme."

297) Gail l. c. Stryck de pign. c. VI. §. 35—41. Besonders Leyser medd. 111. n. 5. 7. Kreittmayr a. a. O. Gerstlacher Handb. d. Reichsges. Th. 10. S. 2380. Boehmer Consult. T. 2. P. 2. p. 586. Repignorationes etiamsi pignoratio illiciti facti non sint permissae. Mittermaier §. 152. a. E. Doch zum Theil anderer Meinung scheinen Hagemann a. a. O. §. 324. Eichhorn §. 123. Phillips a. a. O.

298) Constit. der Chur-Mark Brandenburg Tit. 49. „Gegenpfändung aber, weil daraus zwischen den streitenden Partheien großer Unrath erfolgt, soll in unserm Lande nicht verstattet sein; doch da der Gepfändete in quasi-possessione juris v. servitutis, soll er dabei gelassen, und dem ersten Pfänder das weitere Pfänden nicht verstattet werden, und soll auch sonderlich der erste Pfänder durch sein Pfänden nicht mehr Recht erhalten, denn als er vor sein

sowohl ein allgemeines Vertheidigungsmittel, als vielmehr ein bestimmt normirtes, außerordentliches Rechtsmittel zur Geltendmachung bestimmter Rechte ist, so möchte die ganze Idee einer Gegenpfändung, die weder in den Gesetzen, noch in der Praxis einen festen Boden hat, aufzugeben sein.

§. 5.

Verpflichtung zur Anzeige der geschehenen Pfändung, zur Erhaltung, Auslieferung des genommenen Pfandes.

Der Thierpfänder ist zunächst verpflichtet, ungesäumt, also wohl möglichst noch selbigen, oder den Umständen nach, folgenden Tages, von der geschehenen Pfändung den Eigner des Viehes in Kenntniß zu setzen. — Wenn auch die Motive, die nach altgermanischem Recht den Pfänder in eigenem Interesse dazu bestimmen mußten, nicht ganz in alter Weise fortbestehen möchten; so geht die Verpflichtung zu einer solcher Anzeige aus der Natur der Sache hervor, da dem Eigenthümer des Viehes nicht dasselbe weiter, als es das Interesse des Pfänders fordert, vorenthalten werden darf [299]). Es geschieht diese Anzeige aber, um den Eigner des gepfändeten Viehes in den Stand zu setzen, sich entweder sogleich unter Zurücknahme desselben mit dem Pfänder abzufinden, oder es doch gegen Niederlegung eines andern Pfandes oder Bestellung einer angemessenen Sicherheit auszulösen. Der Pfänder muß sich dieses aber gefallen lassen, wie es auch die neuen Gesetzgebungen vorschreiben. So bestimmt der Codex Maximilianeus, „daß das Pfand, in so fern man weiß, wem das Vieh gehört, gleich andern Tages im Beisein zweier Zeugen demselben zugestellt, und ein anderes unessendes Pfand von ihm dagegen ausgehändigt werden soll" [300]).

Pfänden gehabt hat, sondern die Sache zu ordentlichem Verhör gebracht und justificirt werden." — Auch nach dem Preuß. Landr. a. a. O. §. 465. ist es sowohl bei Strafe, die in §. 462—464. näher normirt ist, verboten, „sich eigenmächtig wieder in den Besitz eines Pfandes zu setzen oder sich einer Gegenpfändung aus vermeintlichem Wiedervergeltungsrecht anzumaßen."

299) Anzeige selbigen Tages fordert die Pommer. Poliz. Ordn. v. 18. Dec. 1672. C. XXI. pos. 3., wonach man es auch in den Entwurf des Provinzialrechtes §. 259. aufgenommen hat.

300) Cod. Maximil. Th. 2. C. 6. §. 24.

Wir haben bereits oben angeführt, daß auch das Preußische Landrecht und das Oestreichische Gesetzbuch ähnliche Verordnungen enthalten [301]). — Es folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß der Pfänder, so lange er die abgenommene Sache als Unterpfand zurückbehält, auch zur custodia verpflichtet ist. Daher er auch dem Vieh Futter geben, und sonst für seine Erhaltung sorgen muß [302]). Die älteren deutschen Rechte, welche den Gesichtspunkt des Pfandes nicht festhielten, und die schleunige Auslösung des gepfändeten Viehes dem Herrn desselben zur Pflicht machten, bestimmen wohl, daß der Pfänder dem Vieh nur Wasser und kein Futter zu reichen brauche, so daß, wenn es dann sterbe, der Herr des Viehes es sich selbst zuzuschreiben habe. Besonders drückt die Art und Weise, wie man dieses ansah, eine Stelle im Rechte der Longobarden aus [303]): Et si ille, cujus peculium est, tenens duritiam cordis, id liberare despexerit, tunc habeat ille id peculium, qui in damno invenerit, et per novem noctes aquam ei tantum det et de damno in hoc sit contentus, eo quod novem noctes ipsum peculium tenuit. Et si de ipsis peculiis aliquod mortuum fuerit suae negligentiae reputet, qui dispignorare neglexerit. — Es stimmen damit aber noch weit spätere Statuten überein; Grimm [304]) führt ein Weisthum an, worin es heißt: „Ein legenig (liegendes) pfant sal man dem

301) S. oben S. 260. 287. Scholz in seinem Schäfereirecht S. 262. bemerkt in Beziehung auf das Preußische Recht, welches nur von der Verpflichtung geredet, das abgenommene Pfand gegen ein anderes heraus zu geben, daß dieses unbedenklich auf die Bestellung einer jeden genügenden Sicherheit ausgedehnt werden kann. Es ist dieses um so weniger einem Zweifel unterworfen, da sowohl ältere germanische Rechte, als neuere Statuten die Bestellung guter Bürgen und Niederlegung eines andern Pfandes (Wedde) gleichstellen. S. L. Rotharis c. 255. L. Luitpr. c. 36 sqq. Sunes. l. c. X. 1. (oben Note 151.): procuret vel pignus vel fidejussorem. Geldern Landr. a. a. O. N. 3.

302) Man hat dieses auch durch l. 14. D. de pignorat. act. (13. 7.) und den §. für Inst. de lege Aquil. (4, 3.) begründet. cf. Bauer de pign. p. 32.

303) L. Rotharis c. 351.

304) Grimm's RA. S. 618.

armman zu gut halten vierzehn tage. Gefragt, wie man sich halten soll, so es ein eßenig (essendes) pfant wäre? Urtheil, so lange so das pfant essens, trinkens enpern kan, so lang sal man das behalten." Und wenn dann im Würder Landrecht [305]) noch gesagt wird: „so schall dejenne, der dat Gut gepandet hefft ehm weder antworten, und daraver sine Queck nicht beholden, schmachten und hungern laten" — so scheint auch daraus zu folgen, daß, bis der Eigenthümer sich zur Auslösung meldete, der Pfänder ebenfalls nicht die Pflicht hatte, dem Vieh Futter zu geben. Doch nur wo ein solches statutarisches oder herkömmliches Recht erweislich ist, dürfte sich dergleichen noch rechtfertigen lassen. Statt dieses gleichsam moralischen Zwanges, wodurch der Vieheigner, dem der Untergang seines Viehes droht, zur schleunigen Auslösung genöthigt werden soll, haben neuere Gesetzgebungen wohl einen direkten, rechtlichen Zwang gesetzt, indem sie demjenigen, der es unterläßt, eine Buße auferlegen, die mit der Dauer der Säumniß wohl zu wachsen pflegt. Es werden dahin gehörige Verordnungen noch angeführt werden. Mögen aber dergleichen nun an einem betreffenden Ort vorhanden sein oder nicht, so kann man doch annehmen, daß die neueren Gesetze überhaupt, der herrschenden Rechtsansicht gemäß (von der Idee des Pfandes ausgehend), die Verpflichtung des Inhabers zur Erhaltung des Pfandes voraussetzen, ohne demselben ein Recht auf die Nutzung, welche als Aequivalent dafür dienen könnte, einzuräumen; weshalb denn der Eigner des Viehes die Kosten für das Futter u. s. w. zu erstatten schuldig ist [306]). Hat der Pfänder aber dennoch in der

---

305) Würder Landrecht §. 12. in Oetken corp. constit. Oldenb. III. n. 86.

306) Schon so das Rugianische Landrecht c. 56. (S. 305.): De Pander moth de leuendige Pande mit themeliker Voderinge edder Gresinge na Gelegenheit der Have versorgen. De Ploch Haue, edder ander Vehe, mit Stro edder Grase kricht vor dat Perdt, de Nacht aver 3 Penninge vor de Kohe eynen Witten, vor dat Schap 4 Penning. Up dat Reysige Perdt ein halven Schepel Havern, up Dagh und Nacht bethalet. Will averst de Pandede, der Have sülvest Voder bringen vnd wahren laten, steit synen Unkost tho synen Gefallen, und alsden darff

Zeit, während welcher er das Vieh in seinem Gewahrsam hatte, gewisse Nutzungen gezogen, was besonders bei Milchvieh der Fall sein kann, so muß er sich dieses auf die Futterungskosten u. s. w. wohl anrechnen lassen [307]). Eine große Zahl jetzt geltender Rechte fordert aber eine Ablieferung des Pfandes in die Gerichte oder an die Obrigkeit. Es findet sich davon schon eine Spur im altburgundischen Volksrechte [308]), wonach früher der-

---

de Pander neine Vahre stahn. Es bezieht sich dieses indeß auf Pfänder für Schuld und Zinsen. So verordnet ferner der Salzdahlum. Landtagsabsch. v. 1594 art. 21. „Daß nur so viel Stück Vieh gepfändet werden soll, darauf kein großer Schade mit Zeerung und Futter lauft. (S. oben Note 285.) Die öfter angef. Märk. Constit. Tit. 49. fordert „Bezahlung des Futters." Nach der Magdeb. Polizeiordn. (v. 1688) c. 31. §. 20. soll „so viel — an Futter als inmittelst auf das Vieh gegangen", aus dem Erlös des Pfandes, wenn es verkauft wird, mit erstattet werden; vgl. v. Klewiz Magdeb. Provinzialr. Th. 1. S. 50. Auch die Pommer. Poliz. Ordn. (erneut 1681) c. XXI. pos. penult. verordnet Erstattung der Wartungs- und Futterungskosten; vgl. Entwurf des Neuvorpomm. Provinzialrechtes §. 263. und Motive S. 258. — In Sachsen wird Futtergeld und Standgebühren unterschieden; es verordnen die Taxordnungen von 1724 und 1764. t. 1. n. 39. „Standgebühren von einem lebendigen Pfande auf Tag und Nacht bei Pferd- und Rind-Viehe, exclus. des Futters, 1 Groschen. Von einem Stück Schaaf- und anderm kleinen Vieh 4 Pf." cf. Bauer de pign. p. 40. — Es mag diese Unterscheidung besonderer Standgebühren oder Wartegelder von den Futterungskosten wohl mit der Einrichtung, daß das Vieh in öffentlichen Pfandställen aufbewahrt werden mußte (wovon gleich unten), zusammenhängen. Daß Preuß. Landrecht redet allgemein von Erstattung der Kosten §. 451. 453. 457.

307) Stryck de pign. V. n. 32. Bauer de pign. p. 40. Motive z. Vorpomm. Provinzialr. a. a. O.

308) L. Burg. XLIX. 3. Ceterum de jumentis et animalibus longius, ut solet fieri pervagantibus — si eos in re sua damnum sibi facientes invenerit, clauseritque, vicinis suis et consortibus contestor et si dominus eorum non venerit, tertio die eos praesentibus testibus extra fines suos expellat. Quodsi quisquam aliter fecerit et convictus fuerit, triplici redhibitione teneatur obnoxius. c. 4. Eam sane legem per quam ante actis temporibus inventos captosque caballos contestari et ad pueros nostros, qui mulctam per pagos exigunt: jusseramus adduci, ut eorum stu-

gleichen in dem Fall üblich war, wenn der Eigner des eingenommenen Viehes unbekannt war. Die Reichsgesetze aber, welche die Pfändung wegen Schuld, wenn durch Recht keine Befriedigung zu erhalten stand, wieder gegen frühere allgemeinere Verbote zuließen, machten nun die Ablieferung der abgenommenen Pfänder in das nächste Gericht zur Bedingung, damit der Weg Rechtens so viel als möglich eingehalten, unter dem Vorwand von Pfändungen nicht etwa Räubereien begangen und wohl auch bei einer rechtmäßigen, wegen wirklich vorhandener Schuld eine abermalige gewaltsame Abnahme verhindert werden sollte [309]). — Im Schwabenspiegel ist aber eine solche gerichtliche Ablieferung auch bei der Thierpfändung wegen Schadens vorgeschrieben [310]). Diese ist es nun, welche sich in sehr vielen Statuten wieder findet, wobei aber mehr die Ansicht, die sich

---

dio et diligentia servarentur: jam pridem placuit non admitti: quoniam saepe ac evidenter cognovimus sub ejus legis specie diversorum caballos eversos potius quam servatos. Ob das „ad parricum (parcum) minare" in lex Rip. LXXXII, 2. von einem öffentlichen Pfandstall zu verstehen, ist wohl sehr zu bezweifeln.

309) So Landfrieden v. 1389. §. 24., s. oben N. 71. und dann auch Landfr. v. 1442. art. 3. 4.

310) Schwäb. Landr. art. 225. (ed. v. d. Lahr) §. 2. er mag in auch wol pfenden on der richters urlaub, und sol es treiben in des richters gewalt. §. 3. und will er er mag es wol bannen. (Cod. Uff. byndenn. Schilter: banden; b. v. Freiberg: panden.) §. 4. Ist das vihe sölich vich das er es nit gefahen mag. das sol er in seynen gewalt treyben. ob er es zu dem richter nicht bringen mag. §. 5. Und sol es dem richter verkünden. — Reyscher in seinem Wirtemb. Privatrecht a. a. O. scheint anzunehmen, daß nur richterliche Anzeige, nicht richterliche Ablieferung durch den Schwabenspiegel gefordert wurde; allein die Anzeige genügt nur, wenn die Thiere so wild waren, daß man sie nicht zu dem Richter treiben konnte. — Ob die ganze Stelle, — wodurch, was der Sachsenspiegel in Uebereinstimmung mit anderen germanischen Rechten vorschreibt, wie es scheint, unter Einfluß der Reichsgesetze in einer eigenthümlichen aber sonderbaren Weise geändert worden, — wohl erst ein späterer Zusatz zu dem ursprünglichen Text sein mag? — Das alte Culmische Recht V. 26. (Ausg. v. Leman. Berl. 1838. S. 158.) wiederholt die Bestimmung des Schwabenspiegels.

schon im alten Burgundischen Volksrecht ausgesprochen findet, geleitet zu haben scheint: Sorge für die Erhaltung der gepfändeten Thiere, und Entfreiung des Pfänders von der Last ihrer Bewahrung, als die dadurch herbeizuführende Ueberwachung der Pfändungen, und das Streben derselben möglichst den Charakter der Selbsthülfe zu nehmen. Die Einführung einer allgemeinen Feldaufsicht, die Anstellung von Feldhütern, brachte es mit sich, daß die genommenen Pfänder von diesen der Behörde, durch welche sie bestellt waren, abgeliefert werden mußten; es führte dieses auch häufiger zur Errichtung besonderer Pfandställe für das gepfändete Vieh, und wo solche bestanden, wurde es auch Sitte, daß auch das, was Privatpersonen gepfändet hatten, dahin getrieben wurde [311]). Es kann übrigens die Verpflichtung, das Vieh in den Pfandstall abzuliefern, auch jetzt noch, wo sie vorkommt, auf den Fall beschränkt sein, wenn der Eigenthümer unbekannt ist und sich nicht in einer bestimmten kurzen Frist meldet. Wo aber auch alles gepfändete Vieh in einen öffentlichen Stall eingestellt werden muß, ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß, wenn der Eigenthümer das Vieh gegen ein anderes Pfand austauscht, dieses in die Hände des Pfänders kommt. Die Ablieferung des Viehes in einen öffentlichen Stall ist daher oft weit mehr ein polizeiliches, als ein gerichtliches Institut, wodurch Schaden möglichst verhütet, der Selbsthülfe aber weder etwas zugethan noch abgenommen werden sollte. — Indeß schreiben spätere Statuten und Gesetze die Ablieferung aller (essender, wie liegender) Pfänder, die wegen Schadenszufügung oder Besitzstörung abgenommen waren, vor [312]). Es

311) So z. B. setzt auch das Geldernsche Landr. a. a. O. n. 1. die Ablieferung gepfändeter Thiere in einen öffentlichen Pfandstall oder Herberge voraus: maer moet die doen stellen in een openbaer Schut-schot, soo daer eenis, soo niet, in en openbare Herberge. Auch nach der Hildesheim. Polizei-Ordn. v. 1665. art. 97. (wo von der Pfändung durch angestellte Pfänder die Rede ist) soll das Vieh also fort in den Krug oder den Pfandestall geliefert werden.

312) Die Statuten der Städte Blankenburg und Ilm (Walch Beiträge Bd. V. S. 109 u. 131.) fordern Ablieferung aller Pfänder auf das Rathhaus. Nach der Hennebergschen Land. Ordn.

hing dieses mit der unter Einwirkung des römischen Rechtes entstandenen Ansicht der Juristen über die Pfändung zusammen, wonach sie als eine möglichst zu beschränkende Selbsthülfe und ein außerordentliches Mittel zur Vertheidigung des Besitzes erschien, der, so wie die etwaigen Schadensansprüche, (die man mehr als etwas Secundäres, Accessorisches ansah,) richterlich festgestellt werden sollte. Es müsse die Auslieferung an den Richter geschehen, sagt Stryck: „quo ita, quod per privatam auctoritatem peccatum videtur, per rem judici oblatam quasi emendetur" [313]). Durch die so vieler Orten bestehende Sitte, das gepfändete Vieh in einen Pfandstall abzuliefern, und durch das, was die Reichsgesetze bei der Pfändung wegen Schuld bestimmt hatten, mußten die Juristen in ihrer Meinung, daß die Ablieferung des Pfandes ein gemeinrechtliches Erforderniß sei, bestärkt werden. Doch hat diese Behauptung auch viele Gegner gefunden [314]), und namentlich hat Struben ausgeführt [315]), „daß kein allgemein deutsches Recht, sondern nur

Bd. II. T. 8. C. 11. §. 3. sollte binnen 24 Stunden dem Richter Anzeige gemacht und das Pfand überliefert werden. — Die Mark Brand. Const. Johann Georg's Tit. 49. verordnete, es sollte das Pfand in das Gericht in demselben Dorffe oder wo es drinnen keinen Schulzen hätte, in das nächste Gericht getrieben werden. In der Sächs. Constit. II. 7. heißt es: „Es soll mit der Pfändung — gebührlich und landbräuchlich — gebaret, und die Pfande in das Gericht, darinnen der Grund gelegen, überantwortet, oder da sie daselbst nicht angenommen, in das nächste Amt dabei gewendet und eingestellt werden." Auch das Preuß. Landr. §. 431. verordnet: „Der Pfänder muß die geschehene Pfändung den Gerichten des Ortes sofort anzeigen und die gepfändeten Stücke denselben zur Verwahrung abliefern."

313) Stryck de pign. c. IV. n. 36. — „ne publica labefactetur auctoritas" heißt es an einer andern Stelle, das. c. I. n. 41. Auch G. L. Böhmer in s. Rechtsfällen Bd. 3. S. 706. meint, die Auslieferung sei auch ohne besondere Vorschrift nothwendig, weil das gemeine Recht Selbsthülfe untersage, so lange und so bald gerichtliche Hülfe erlangt werden kann.

314) Bei Bauer de pign. p. 21 sqq. sind die Worte einer Zahl von Schriftstellern, die sich für und wider erklärt haben, mitgetheilt.

315) Struben rechtl. Bedenken II. 61. Ausg. v. Spangenberg Bd. 3. S. 305.

(wie er freilich zu beschränkend sagt) das Sächsische Auslieferung der Pfande an die Gerichte fordert." Mit Recht hat man sich denn heutigen Tages für diese Ansicht, wie es scheint, fast einmüthig erklärt [316]), und nur in so fern ist noch eine Meinungsverschiedenheit, daß zuweilen statt Auslieferung des Pfandes doch Anzeige der geschehenen Pfändung an die Gerichte für nothwendig gehalten wird [317]). Es dürfte aber schwer werden, bei einer Pfändung wegen Schaden, sei es aus den älteren deutschen Rechtsquellen, sei es aus der Natur einer solchen Pfändung, auch unter gegenwärtigen Verhältnissen, die Nothwendigkeit einer solchen Anzeige zu begründen; die an den Gepfändeten genügte selbst bei der Thierpfändung vollkommen, und setzte ihn, da er die Auslieferung gegen Sicherheit verlangen konnte, vollkommen in den Stand, seine Rechte wahrzunehmen. Die Pfändungen gehörten insbesondere zu den Sachen, die ohne Einmischung der Gerichte, durch Uebereinkunft, besonders auch unter Zuziehung der Nachbaren abgemacht wurden, und es kann nicht wohl als erforderlich angesehen werden, daß davon etwas zur Kenntniß der Gerichte gelangen müsse, ehe der Pfänder, auf Grund seiner Pfändung, auf Schadensersatz u. s. w. klagt, oder der Gepfändete mit einer Beschwerde hervortritt. Daß die Pfändung häufig zu solcher außergerichtlichen Ausgleichung führte, pflegt noch jetzt für die Beibehaltung des Institutes geltend gemacht zu werden. Nur in folgenden Fällen möchte bald eine Anzeige, bald Ablieferung als nothwendig zu erachten sein: a) Wenn aus der, die Pfändung begründenden Handlung auch richterliche Forderungen entspringen [318]). b) Wenn der Herr

---

316) Siehe z. B. Runde Deutsch. Privatr. §. 222. b. Hagemann a. a. O. §. 321. Eichhorn a. a. O. §. 323. k. Mittermaier a. a. O. §. 152. N. 6. Maurenbrecher a. a. O. §. 175. Phillips a. a. O. Bd. 1. S. 412. Note 15. Scholz Schäfereirecht S. 263.

317) So Runde und Eichhorn an den in obiger Note angeführten Stellen.

318) So fordert z. B. der Salzdahlumische Landtagsabsch. v. 1597. Art. 14. Anzeige in dem Fall, „wenn der Schaden aus Vorsatz geschehen, damit sich der Gerichtsherr der Strafe bei dem Gepfändeten zu erholen habe."

der gepfändeten Thiere unbekannt ist, eine Anzeige an ihn also nicht beschafft werden kann, wird mindestens eine Anzeige an den Richter, und wo die Anstalten dazu bestehen, auch wohl Auslieferung der gepfändeten Thiere geschehen müssen. c) Ein Gleiches ist der Fall bei einer Pfändung zum Schutz des Besitzes; denn die Pfändung, welche nicht zur gerichtlichen Kenntniß gelangt, bleibt eine, wenn auch thatsächliche und möglicher Weise noch mit Vortheilen verbundene, doch aber immer außergerichtliche Willensmanifestation [319]). In Sachsen, wo die Constitutionen, wie bemerkt, die Pfändung besonders aus dem Gesichtspunkt, der dadurch bewirkten Unterbrechung der Verjährung, betrachten, ist diese Wirkung von der gerichtlichen Auslieferung abhängig gemacht [320]). Die Constitutionen enthalten über letztere noch genauere Vorschriften, und es haben die Sächsischen Juristen daher insbesondere die hierüber in Betracht kommenden Rechtsfragen erläutert: Welchem Richter muß die Auslieferung geschehen? Wann muß sie geschehen? Welche Nachtheile gehen daraus hervor, wenn sie unterbleibt oder nicht dem competenten Richter geschieht? [321]) Es wird daher eine Erläuterung derselben wohl umgangen werden können. Die Verpflichtung des Vieheigners, das gepfändete Vieh in einer kurzen, oft besonders bestimmten Frist auszulösen, die Futterungskosten zu erstatten, wird übrigens durch die eingeführte richterliche Aufbewahrung der Pfänder nicht geändert; auch pflegt wohl dem, welcher die Pfändung vornahm, es obzuliegen, das von ihm gepfändete Vieh, selbst wenn es in einem öffentlichen Stall steht, mit Futter zu versorgen.

Die Anzeige, sei es an den Betheiligten, sei es an das Gericht, oder die Auslieferung des Pfandes, je nachdem es die Verhältnisse und das am Orte geltende Recht erfordert, ist gleich-

319) S. auch C. A. Weiße's Landwirthschaftsrecht §. 381—383.

320) Kind quaest. for. T. 3. N. 43. p. 287. (ed. I.) oder T. 3. N. 37. p. 169. (ed. II.) führt aus, daß, wenn das Pfand, wie es das Sächs. Recht erfordert, dem Richter nicht ausgeliefert worden, die Pfändung doch für den jüngsten Besitz ihre Wirkung behält.

321) Heimburg de interrupt. praescr. p. pignorationem. Jenae 1755. — Auch Bauer hat einen großen Theil seiner Dissertation S. 24—32. diesen Fragen gewidmet.

sam als der letzte Act der Pfändung, die eben dadurch ihren legalen Charakter als solche erhält, und von einer Ergreifung um anderer Ursachen willen unterschieden wird, zu betrachten.

§. 6.

Vom Pfandgelde.

Als Zweck der Pfändung hat man in neuerer Zeit vorzüglich auch angegeben, daß dadurch die Fortsetzung der Besitzstörung und der Schadenszufügung gehindert werden soll. Wir haben oben den Ursprung dieser dem Pfändungsinstitute fremden Ansicht kennen gelernt [322]). Wäre dieses der unmittelbare Zweck der Pfändung (denn mittelbar hat jede Aufhebung einer Rechtsverletzung, und jedes dazu dienende Mittel auch den Zweck, den Rechtszustand überhaupt zu erhalten und zu sichern), so müßte bei einer solchen das schadende Thier etwa für alle Zeit von dem Pfänder zurückgehalten, oder nur gegen eine hinlängliche Garantie, nicht etwa daß der angerichtete Schaden ersetzt, die Kosten vergütet werden sollen, sondern daß ein Schaden gar nicht wieder geschehen, eine Besitzstörung nicht wieder erfolgen solle, zurückgeliefert werden. Es hätte der Gepfändete sich gleichsam unter eine dauernde Bürgschaft begeben müssen, wie das altgermanische Recht sie unter Umständen wohl gekannt hat. So fremdartig diese Auffassung dem Pfändungsinstitute auch ist, so hat sie in neuerer Zeit doch hin und wieder in gewisser Weise Eingang gefunden, und ist nicht ohne Einfluß auf die Gesetzgebungen geblieben. Bei den Bestimmungen über das Pfandgeld wurde nämlich festgesetzt, daß bei einer jeden Pfändung, ohne Rücksicht darauf, ob ein Schaden geschehen sei, ein Pfandgeld bezahlt werden müsse; dieses Pfandgeld wurde aber als eine über den Gepfändeten verhängte Strafe angesehen, die ihn von der Vornahme ähnlicher Handlungen, als die, welche zur Pfändung Veranlassung gegeben hatte, abschrecken, oder ihn (insbesondere bei Thieren, die man nicht unter gehöriger Aufsicht gehalten) zur größern Achtsamkeit anhalten sollte. Daraus folgte dann wieder, daß man Thiere, auch ohne daß sie einen Schaden angerichtet hatten, blos des von dem

322) S. oben S. 250 ff.

Eigenthümer verwirkten Pfandgeldes wegen, pfänden konnte. Unter diesem Gesichtspunkt scheinen namentlich die Verfasser des Preuß. Landrechtes (wenn sie überhaupt sich diese Sache klar gedacht haben mögen) das Pfandgeld — rücksichtlich dessen Größe sie auf die Provinzialgesetze verweisen — betrachtet zu haben. Eigenthümlich ist dem Landrecht aber dabei noch, daß, wenn Schaden geschehen, das Pfandgeld auch möglichst eine besondere Schadensforderung und die dadurch entstehenden Weiterungen abwenden sollte [323]. Es ist dieses, doch mit manchen Abweichungen, dann noch weiter ausgebildet in zwei im Wesentlichen übereinstimmenden Verordnungen über das Austreiben des Viehes ohne Hirten und die eventuelle Pfändung desselben, für Ost- und Westpreußen vom 1. Mai 1803 und für die Kur-, Neumark und Pommern vom 8. April 1806 [324]), welche dann bei mehreren Ent-

323) Die wesentlichen Bestimmungen des Landrechtes über das Pfandgeld, wobei man vor Augen haben muß, daß es nach § 413. die Pfändung auch als ein Mittel ansieht, „künftige Schadenszufügungen und Beeinträchtigungen seines Rechtes abzuwenden", sind: Das Pfandgeld, welches erforderlichen Falls auch aus dem Erlös des verkauften Pfandes gezahlt werden muß (§. 439.), aber bei Thierpfändung nur von den wirklich gepfändeten Thieren verlangt werden kann (§. 441—443.), verbleibt dem Pfänder, wenn blos wegen Störung gepfändet worden, oder sich derselbe damit, statt des Schadensersatzes, begnügen will (§ 444.). Fordert er aber besondern Schadensersatz, so muß er die Hälfte des Pfandgeldes der gemeinen Casse des Ortes überlassen (§. 445.). Ist die Pfändung, blos um sich gegen Beeinträchtigungen eines vermeintlichen Rechtes zu schützen, vorgenommen: so kann der Pfänder nur das Pfandgeld und den Ersatz der Kosten fordern (§. 451.). Also keinen Schadensersatz, wie sich das von selbst versteht. — Wenn bei einer Pfändung Widerstand geleistet wird, muß das doppelte oder vierfache Pfandgeld, doch so, daß der das einfache übersteigende Betrag der Casse des Ortes anheimfällt, gezahlt werden (§. 459—460.).

324) Ergänzungen u. Erläut. d. Allg. Landrechts Bd. 1. S. 487 ff. — Die Verordnungen setzen fest: Alles Vieh soll zur Aufsicht tüchtigen Hirten übergeben werden. Alles Vieh, das auf fremden Feldern und Weiden getroffen wird, kann gepfändet werden; doch muß das in diesem Fall zu fordernde Pfandgeld auch schon dann gezahlt werden, wenn die Pfändung nicht wirklich vorgenommen. Das Pfandgeld, welches für jede Thierart besonders bestimmt ist, umfaßt in

würfen, der Provinzialgesetze um so mehr wohl zu Grunde gelegt worden sind, als man in den Districten, für welche diese geltend werden sollten, von Alters her den Gebrauch der Entrichtung eines Pfandgeldes vorfand, dessen Größe nicht allein an den verschiedenen Orten sehr verschieden war, sondern dessen Bedeutung man sich offenbar nicht gehörig zu erklären wußte [325]). Es kann dieses aber um so weniger Wunder nehmen, als über das Wesen des Pfandgeldes überhaupt die unbestimmtesten und unklarsten Vorstellungen herrschen. — Das Pfandgeld war nämlich ursprünglich ein gemeinrechtliches Institut, wofür es Runde, Hagemann, Eichhorn auch noch in Beziehung auf unsere Zeit genommen haben, während Mittermaier sich für die entgegenstehende Ansicht erklärt hat. Die Art und Weise, wie das Pfandrecht aber im Preuß. Landrecht aufgefaßt ist, kann nicht als die dem deutschen Recht angemessene angesehen werden, wiewohl sie sich doch derselben am meisten nähert. Was man später Pfandgeld genannt hat, und in der Regel jetzt unter diesem Namen vorkommt, ist, wie es auch wohl schon von älteren Juristen ausgesprochen [326]), aber in neuerer Zeit nicht gehörig beachtet und hervorgehoben ist, nichts als die Buße des ältern

der Regel auch den Schadensersatz. Will der Pfänder aber diesen besonders nach Schätzung fordern, so kann er nur ein weit geringeres Pfandgeld (kleines) (z. B. bei Pferd, Rind, Schwein, statt 1 Rthlr. oder 15 Gr. nur 2 Gr.) in Anspruch nehmen.

325) Die Bestimmungen über das Pfandgeld bilden in diesen Entwürfen den Mittelpunkt der gesetzlich zu treffenden Anordnungen über die Pfändungen überhaupt. Es hat darin noch mehr den Charakter einer Strafe für die Verletzung der Feldpolizeigesetze, die aber jedesmal dem Eigenthümer des Grundstückes zufällt, angenommen. S. von Klewiz Magdeb. Provinzialr. Entw. §. 15—40. Motive S. 44—53. Scholz Kur-Brandenb. Provinzialr. §. 33 bis 53. Motive S. 158—162. Göze Provinzialr. der Altmark §. 23—63. Motive S. 114 ff. — Neu-Vorpommer. Provinzialr. Entw. Th. 1. §. 265. 266. Motive S. 259.; schließt sich aber mehr dem ältern Recht an.

326) Stryck de pign. V. c. 15. Non solum vero pignoratus repetiturus tenetur damni aestimationem praestare, sed insuper quoque emendam, den gewöhnlichen Pfandschilling. Mevius Comment. ad Jus Lub. P. III. t. 11. n. 11. p. 721.

deutschen Rechts, die nicht um deshalb, weil gepfändet worden war, oder nicht etwa wegen der bloßen Uebertretung einer allgemeinen polizeilichen Vorschrift, sondern wegen der Verletzung seines Rechtes, dem Privatmanne, welchem diese zugefügt war, entrichtet werden mußte. In so fern man bei einer solchen Rechtsverletzung auch den Gesichtspunkt hervorhob, daß sie zugleich einen Rechtsbruch enthalte, pflegte neben der Buße überhaupt noch das Gewette einherzugehen [327]). Es ergiebt sich daraus, daß das Pfandgeld sich auf die bereits geschehene Rechtsverletzung bezog; daß es nicht gefordert werden konnte, wenn Jemandem ein Schaden zugefügt war, der wohl zur Pfändung Veranlassung geben konnte, bei welchem aber den zum Ersatz Verpflichteten nicht zugleich eine strafrechtliche Verantwortung traf [328]); daß das Pfandgeld besonders dann gezahlt werden mußte, wenn Schaden vorsätzlich zugefügt war, in welchem Fall nach den neueren Gesetzen meist eine öffentliche Strafe einzutreten pflegt [329],; daß die Größe des Pfandgeldes sich nach dem Maaße der Verschuldung, dem Umfang des Schadens, und überhaupt nach den Momenten richtete, welche bei der allgemeinen Ermessung der Strafbarkeit in Betracht kamen. Es sollen, um dieses zu belegen, nur die Bestimmungen des Sachsenspiegels hervorgehoben werden. Nach diesen sollte wer über fremden Acker fuhr, außer dem Schaden, 1 Pfenning für jedes Rad gelten; der Reiter 1/2 Pf. [330]). Wenn Vieh auf fremden Acker

327) So z. B. enthält der Schwab. Sp. c. 221. die Bestimmung, daß, wenn jemand Vieh auf einen fremden Acker treibt, der Schaden dem Grundbesitzer zweifach vergolten, dem Richter aber 3 Schill. bezahlt werden sollten. Vgl. auch Ludwig von Baiern Rechtsb. art. 65—74. — Die genaueren Untersuchungen über das Verhältniß des Gewettes zur Buße gehören mit zu den schwierigeren des ältern Strafrechts.

328) Sunes. leges Scan. IX. 7. — Si vero casu praeter domini voluntatem constet a tot animalibus damnum etc. Es soll in diesem Fall nur Schaden ersetzt werden.

329) Gandersheim. Landagsabsch. vom 10. Oct. 1601. — „und wenn er muthwillig geschehen, zu Erlangung derer damit verwirkten Strafen" u. s. w.

330) S. Sp. II. 27. §. 4. vgl. Grimm's RA. S. 553., wo aus anderen Rechtsquellen Stellen angeführt sind, die ähnliche Buße

lief, mußten 6 Pf.; wenn man es dahin trieb, 3 Schillinge als Buße gezahlt werden [331]). Eben so viel hatte zu entrichten, wer auf fremdem Grundeigenthum Holz geschlagen, Gras geschnitten, in wilder Wage gefischt hatte, wogegen die Buße auf 30 Schill. stieg, wenn man Holz, das gepflanzt war, geschlagen, in gegrabenen Teichen gefischt hatte [332]). Von 3 auf 30 Schill. stieg nach Schwäbischem Landrecht auch die Buße bei einer dritten Wiederholung [333]). — Es soll hier nicht weiter aus einander gesetzt werden, wie verschieden diese Bußen, was ihre Größe betrifft, in den verschiedenen Rechtsquellen bestimmt waren, wie im Laufe der Zeit durch Einwirkung mannichfacher Umstände diese Verschiedenheit immer größer werden mußte. Wie sehr man aber die Natur dieses Pfandgeldes verkannt hat, geht zunächst daraus hervor, daß ein feststehender Sächsischer Gerichtsgebrauch das Pfandgeld für alle Fälle auf 1 Schillingspfennig oder 16 Pfennige (ohne Zweifel auf Veranlassung der Sächsischen Constitutionen, die den Ausdruck Pfandschilling statt Pfandgeld gebrauchen) bestimmt hat [334]); und Bauer hat sogar behauptet, daß dieses gewissermaaßen im Sachsenspiegel begründet sei, in so fern dieser für alle Fälle eine Buße oder Pfandgeld von 6 Pfennigen vorschreibe [335]). Von der Behauptung der älteren Sächsischen Juristen (welche ebenfalls von der Verkennung des Pfandgeldes zeugt), daß es dem Richter, nicht dem Pfänder gezahlt werden müßte, soll noch unten die Rede sein. Gapke aber sagt [336]): „Der Pfandschilling ist zweierlei Art, von welchem die erste denen Gerichten auf Tag

für jedes Rad bestimmen. Dazu noch Uplands L. Wiþerb. c. XII. §. 1. p. 230. Rugian. Landr c. 76. S. 325 a. E.

331) S. Sp. II. 47. §. 1. 2. Vgl. Note 121.

332) S. Sp. II. 28. §. 1. 2.

333) Schwäb. Landr. c. 221.

334) Carpzov. def. for. ad Const. II. 27. def. 5. n. 8. Bauer de pign. 37. Haubold Sächs. Privatr. §. 167. not. f. Auch im Salzdahlumer Landtagsabsch. a. a. O. ist das Pfandgeld, wie es scheint, durchgängig auf einen Groschen gesetzt.

335) Bauer l. c.

336) Gapke Dorf- und Bauernrecht §. 548.

und Nacht (das soll heißen, für jeden Tag und jede Nacht nach der Stückzahl des Viehes), die andere aber dem pfändenden Theile, zum Zeichen des beibehaltenen Besitzes, ohne Absicht auf jeglichen Tag und Nacht, oder die Anzahl des gepfändeten Viehes oder anderer Stücke überhaupt zu entrichten ist." Götze im Entwurf des altmärkischen Provinzialrechts [337]) meint, das s. g. kleine Pfandrecht (d. h. worin nicht zugleich der Schadensersatz mit enthalten) werde dem Pfändenden für die Mühe des Abpfändens entrichtet, was wohl aus einer Verwechselung mit s. g. Pfandgebühren, die neuere Gesetze oft den öffentlichen Pfändern, Forstbedienten u. s. w. zuzubilligen pflegen, entstanden ist [338]). Aber auch Phillips [339]) hat die Natur des Pfandgeldes gänzlich verkannt, indem er sagt, es müsse dasselbe von dem Gepfändeten dem Pfänder entrichtet werden und „steigere sich, je länger jener ein essendes Pfand unausgelöst stehen lasse." Der Grund dieses Irrthums ist wohl in den Sächsischen Constitutionen [340]) zu suchen, worin es heißt: „Es trägt sich oftmals zu, daß aus zulässigen, rechtmäßigen Ursachen gepfändet wird; der aber so gepfändet ist, will keinen Abtrag thun, sondern läßt das Pfand muthwilliger Weise stehen. Ob nun wohl unsere Schöppenstühle über den Verstand des Sächsischen Rechtes und ob desfalls nach gemeinen Rechten zu sprechen nicht einig gewesen, so werden wir doch berichtet, daß es bis anhero in unseren Landen gebräuchlich gewesen, das übernächtige Pfand mit 3 Schillingspfenningen (4 Gr.) zu verbüßen. Wollen derowegen, daß solchem Gebrauch nach, auch nachmals gesprochen, und neben dem gewöhnlichen Pfandschilling und des Schadens Abtrag dem Gerichtsherrn von jeder Nacht, so lange das Pfand ungelöst stehen geblieben, bis das Pfand ganz verstanden, sollen zuerkannt werden." Phillips

---

337) Götze a. a. O. Th. 1. S. 114.

338) So ist auch nicht recht klar, ob nicht auch Scholz Schäfereirecht S. 272., verleitet durch einige der vorher von ihm angeführten Gesetze, die Pfandgebühren (Pfändegeld) mit dem Pfandgeld, dessen er sonst nicht erwähnt, für gleichbedeutend genommen.

339) Phillips deutsch. Privatr. Bd. 1. S. 413.

340) Sächs. Constit. II. 27.

hat offenbar die Buße oder vielmehr Brüche, die für Nichtauslösung des Pfandes gezahlt werden sollen, und die außer in dem Sächsischen, noch in anderen verwandten Particularrechten sich finden, mit dem Pfandgeld, der Buße für die Rechtsverletzung, die der Pfändung vorausging und sie erst herbeiführte, verwechselt [341]. Wenn nun gleich ältere Juristen, und unter ihnen auch der von Phillips selbst angeführte Mevius, wohl gesehen haben [342], daß zwischen beiden zu unterscheiden, und daß das eigentliche Pfandgeld (der Pfandschilling) die alte Buße sei, so hat man sich doch nicht darin zurecht finden können, und es sind die wunderbarsten Mißverständnisse zu Tage gekommen. Es sagten die Einen, wie z. B. Hommel [343], der Pfandschilling sei zwar eine Buße (emenda), die aber nicht der Partei, sondern dem Richter für die Aufnahme des Pfandes gebühre, und die wachse, wenn das Pfand nicht zur gehörigen Zeit ausgelöst werde; gleichsam nach Weise eines Rutscherzinses. Da aber der Sachsenspiegel doch von einer Buße, die dem Pfändenden gebührt, redet, so meinten Andere [344], man müsse diese Buße, das Pfandgeld, noch von dem Pfandschilling, wovon die Constitutionen reden, unterscheiden. Während nachmals Haubold [345], der früher selbst diesen Irrthum theilte, das Irrige darin anerkannt hat, hat Bauer [346] die

---

341) **Brand. Const. t. 49.** „Würde aber der gepfändete die Pfände muthwillig in dem Gerichte stehen lassen und dieselben nicht wieder einlösen, so soll das schuldige Theil dem Gerichte für jede Nacht 3 arg. Strafe geben." Dergl. Magdeb. Polizeiordn. (v. 3. Jän. 1688.) Cap. 31. §. 20. (4 Groschen). S. von Klewitz Magdeb. Provinzialr. Bd. 1: S. 52.

342) S. oben Note 326.

343) Hommel de pign. p. 44. — primo emenda der Pfandschilling, quae judici datur pro receptione pignoris et sedecim nummos complectitur. Deinde — pro singulis noctibus, quibus judicio sunt relictae tres schillingi etc.

344) Thomae de noxia anim. c. 25. n. 25. vgl. mit Stryck de pign. V. 15.

345) Haubold Sächs. Privatr. §. 167. not. f.

346) Bauer de pign. p. 36. Nos quidem duas emendae species dari existimamus, alteram juris antiquioris (Buße), alteram ju-

Ansicht aufgestellt: „das Pfandgeld (die Buße) sei schon im Sachsenspiegel begründet und früher der Partei entrichtet worden, aber nachmals, vermöge der Constitutionen oder wenigstens in Folge einer von der Praxis ihnen gegebenen Deutung, durch den Pfandschilling an den Richter verdrängt worden." — So sehen wir, daß die alte Buße bei der Pfändung, oder vielmehr bei den Rechtsverletzungen, die zur Pfändung berechtigten, sich in mehr oder minder verkümmerter Gestalt erhalten hat, und daß dieselbe von den Juristen, wenn sie sie nicht gar mit etwas ganz Anderem zusammenwarfen, bald die Bedeutung einer Belohnung pro receptione pignoris, eines Ersatzes für die Mühe, die das Pfänden verursacht hat, bald eines Zeichens des beibehaltenen Besitzes u. s. w. zugetheilt erhielt. Es scheint aber überhaupt das Pfandgeld nur in einigen Gegenden von Deutschland, und zwar meist in den nordöstlichen, im Gebiete des Sächsischen Rechtes, doch auch da wieder in anderer Weise, in denen des alt- als denen des neusächsischen, besonders auf den Constitutionen beruhenden Rechtes, sich erhalten zu haben. Im Oestreichischen Gesetzbuch, das sonst das Pfändungsrecht ziemlich treu im altdeutschen Sinn aufgefaßt hat, geschieht keine Erwähnung eines Pfandgeldes; gleiches ist auch im Baierischen Landrecht der Fall, und auch Kreittmayr schweigt davon ganz; in Beziehung auf Wirtemberg sagt Reyscher: „daß ein Pfandgeld dort nicht herkömmlich sei." Mir ist es aufgefallen, daß auch im Geldernschen Landrecht, welches wir als eine besonders lehrreiche Quelle für das Pfändungsrecht kennen gelernt haben, nichts davon vorkommt [347]). Nach dem

ris recentioris (Pfandschilling), quarum illa pignoratoris debebatur, hanc judex jure suo adhuc sibi poscit. — Serioribus tamen temporibus per verba constitutionis electoralis — et vi praxeos rem mutatam fuisse, ita ut hodie emenda non parti sed judici solvenda sit.

347) Dasselbe wird sich auch aus den meisten Rheinischen und Westphäl. Provinzialrechten, in denen ich überhaupt keine Ausbeute für das Pfändungsrecht gefunden habe, ergeben. Nur in Schlüter's Provinzialr. für d. Grafsch. Recklinghausen (in v. Strombeck's Samml.). Lpz. 1833. S. 11. wird eine Verordnung über das Pfändungsrecht, die aber aus dem J. 1810 stammt, mitgetheilt.

Mitgetheilten wird aber die Antwort darauf: ob das Pfandgeld (wobei aber immer zuerst zu bestimmen ist, was man darunter verstehe) ein gemeinrechtliches Institut sei oder nicht? ob es dem Richter oder der Partei zukomme? u. s. w., sich von selbst ergeben.

§. 7.

Vortheile und Folgen der Pfändung.

Die Vortheile, welche die Pfändung dem Pfändenden gewährt, bestehen, wenn man nicht dahin zufolge neuerer Rechte rechnen will, daß ihm aus der Pfändung selbst und an sich der Anspruch auf ein Pfandgeld erwächst, im Folgenden:

1. Der Beweis der Rechtsansprüche (Schadensersatz, Buße), um deren Geltendmachung willen die Pfändung vorgenommen worden, wird dadurch in noch gleich näher zu bestimmender Weise erleichtert. In den älteren germanischen Rechten wurde dieses als der erste und wesentlichste Vortheil der Pfändung angesehen, welchen man dem Beschädigten auch dann noch zu sichern suchte, wenn die Pfändung selbst vereitelt worden war, z. B. durch die Flucht, Wildheit der Thiere [348]) u. s. w. — Jetzt muß zwischen einer Pfändung wegen Besitzstörung und wegen Schadens unterschieden werden. Bei der ersteren ist die Pfändung eine bloße Willensmanifestation, vermöge welcher der Pfänder den Besitz behauptet und die Handlung, um derentwillen er gepfändet hat, als eine Störung bezeichnet. In Beziehung auf die andere haben manche unserer ausgezeichnetsten Rechtslehrer die Ansicht aufgestellt, daß durch die Pfändung der zugefügte Schaden *erwiesen* werde. So namentlich *Eichhorn*. *Phillips* aber [349]), zwischen beiden Arten der Pfändung nicht unterscheidend, hat seine Meinung nach der Gewerslehre dahin formulirt: „daß in solchem Proceß der Pfändende die vortheilhafte Rolle des Beklagten habe, in welchem er sich auf keinen Beweis angeblich erfolgter Besitzstörung einzulassen braucht; das Pfand vertritt die Stelle des Beweises und dem Kläger liegt es ob, das Gegentheil darzuthun.“ Es hat diese Ansicht auch in neueren Gesetzgebungen Eingang gefunden, denn

---

348) Sachs. Sp. II. 47. §. 3. — „als of it gepandit were.“
349) Phillips a. a. O. Bd. 1. S. 414.

das Baierische Landrecht [350]) (dem auch Mittermaier in früheren Ausgaben gefolgt war) bestimmt, daß nicht erwiesen zu werden braucht, daß der angebliche Schaden wirklich geschehen sei, sondern das Pfand als Probe sein soll, so lange nicht Pignorat beweisen kann, daß entweder gar kein Schaden geschehen oder von anderen als von ihm und seinem Vieh zugefügt worden, oder das Pfand anderer Ursachen wegen abgenommen sei. Näher der deutsch-rechtlichen Ansicht kommen aber die Rechtslehrer, welche behaupten, daß durch die Pfändung der Beweis des zugefügten Schadens nur erleichtert werde [351]); obgleich dieses noch einer nähern Bestimmung bedarf. Die Stellen der deutschen Rechtsquellen, welche diesen Gegenstand berühren, erfordern nämlich, daß der Schaden dem Betheiligten selbst (also dem Herrn der Thiere oder etwa des Knechtes, der ihn angerichtet) und einigen als Zeugen beigezogenen Nachbaren gezeigt werden müsse, die nach älterm deutschen Rechte denselben auch zugleich abzuschätzen hatten [352]); war dieses aber geschehen, so konnte der in Anspruch Genommene nicht mehr mit seinem Eide der Beschuldigung entgehen, daß er oder sein Vieh, welches gepfändet worden, den Schaden angerichtet habe, der Pfänder konnte vielmehr dieses beschwören [353]), und selbst dann, wenn

350) Baier. Landr. II. K. 6. §. 24.

351) So Mauerbrecher a. a. O. §. 175. Reyscher Wirttemb. Privatr. §. 152.

352) L. Bajuv. XIII, 12. — sed recludat eum donec domino ejus ostendat damnum, et aliqui de vicinis hoc videant, et designant locum, qui laesus est etc. — L. Wisig. VIII, 3, 13. — et dominum caballorum vel pecorum faciat certiorem, ut praesentibus his aut vicinis eorum dampnum, quod illatum fuerit, aestimetur etc. Das. c. 15. L. Rotharis c. 351. — S. Sp. II. 47. §. 2. — den scaden solen se gelden dere dat ve is, of man ine to hant bewiset na der bure kore. Goslar. Stadtr. b. Leibnitz S. 566. §. 61. u. darnach Rechtsb. n. Dist. II, 8, 2. — Louckent aber ihener (dessen Vieh gepfändet) des schaden, den musz her sich entsagen mit seyme eyde rechte, ab der schade mit guten luten nicht geachtet is unde bewiset wert. Geldern Landr. a. a. O. n. 2—4.

353) Sunesen legg. Scaniae X. 1. At si reum in ipsa succisione dominus deprehendat, de sex orarum emendatione praestanda pignus ab eo suscipiat, ne conventus ex post facto se diffiteri

behauptet wurde, daß die Pfändung außerhalb des Grundstückes des Pfändenden geschehen sei[354]. Man muß daher Mittermaiern beistimmen, welcher in der neuen Ausgabe seines Lehrbuches sagt[355]: „durch die Pfändung werde eine rechtliche Vermuthung begründet, daß die Beschädigung durch den Gepfändeten (oder, wie wohl hinzuzusetzen, durch das gepfändete Vieh) verübt worden, daß aber der Umfang der Beschädigung [und überall das Vorhandensein einer solchen] und die Größe des Schadens bewiesen werden müsse." — Die Entwickelung der Grundsätze über die Art der Abschätzung des Schadens, d. h. wie und nach welchen Grundsätzen sie nach älterm deutschen Recht geschah, wie sich die Ansicht der Juristen darüber gebildet hat, wollen wir hier übergehen, da es eigentlich über das Gebiet der Pfändungslehre hinaus liegt; es soll nur noch bemerkt werden, daß, wie ältere deutsche Rechte Abschätzung durch Nachbaren vorschreiben, so neuere Gesetze oft gerichtliche Abschätzung verlangen, wie z. B. im Preuß. Rechte, welches auch verordnet, daß der Gepfändete selbst dazu vorgeladen werden soll[356].

2. Demnächst gewährt die Pfändung den Vortheil, daß die abgenommene Sache dem Pfändenden zur Sicherheit für die Forderung, sowohl welche aus der Handlung, wegen welcher gepfändet worden, entspringen, als die, welche durch die Pfändung selbst und in Folge derselben begründet werden (wohin alle dadurch verursachten Kosten gehören), dient; so daß er dieselbe zu diesem Zweck zurückhalten und eventuell seine Befriedigung

valeat debitorem. Non dato pignore, si oblatam satisfactionem exactus voluerit diffiteri, trinum ei sufficiet juramentum.

354) Sunesen l. c. IX. 7. Si vero dominus contendat animalia sua non in agris vel pratis cujus libet, sed innoxia comprehensa, damnum passus quod ea juste ceperit, trium hominum probet juramentis. — Schwäb. Landr. 225. §. 6. und eben so alt. Culm. Recht V. 26. Der man sal synen schaden bereden selbdrytte. hat her der nicht. so sal her synen schaden bereden myt synes eynes hant.

355) Mittermaier a. a. O. §. 152. h. q. vgl. auch Scholz III. a. a. O. S. 274. Auch Zeiler Comment. z. Oestr. Gesetzb. Bd. 1. S. 753. „Die Pfändung sei Mittel, theils den Beweis zu verschaffen, durch welche Thiere man beschädigt worden, theils um den, welchen der Ersatz obliegt, ausfindig zu machen."

356) Preuß. Landr. a. a. O. §. 433—437.

daraus suchen kann. Wiewohl im ältern deutschen Recht die Beweisvortheile vorzugsweise in Betracht kommen, so diente nicht minder, wo es nöthig war, die Pfändung auch dazu, dem Beschädigten zugleich Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen [357]). Daher konnte, wie oben bemerkt worden, auch bei der Bestimmung der Größe des zu pfändenden Objectes darauf Rücksicht genommen werden [358]). Allmählig hatte sich aber die Sache umgekehrt und die Gewährung einer Sicherheit steht bei den Wirkungen der Pfändungen in der ersten, die Beweiserleichterung in der zweiten Reihe, so bald es sich nicht blos um eine Sicherung des Besitzes handelt. Der Untergang des deutschen Beweisverfahrens, so wie daß man in dem Wort Pfändung den Begriff des Pfandes mehr hervorgekehrt hat, haben dazu mitgewirkt. Die vielen Verordnungen, welche eine übermäßige Pfändung verbieten, bestätigen es, und diesen schließen sich die neueren Gesetze an, welche es direct aussprechen, daß die gepfändete Sache zur Sicherheit für die Forderung dienen soll. Das ist auch dann der Fall, wenn das Pfand an den Richter abgeliefert werden muß, und die Rückgabe an den Eigenthümer kann dann nur in den Fällen erfolgen, wenn auch der Pfändende selbst das Pfand hätte wieder erstatten müssen. Das muß aber vor ausgemachter Sache nur dann geschehen, wenn der Eigner „eine andere angemessene Sicherheit" leistet [359]). Nicht wohl können wir aber der von G. L. Böhmer [360]) vertheidigten Ansicht beistimmen, daß ein Gericht die Herausgabe des Pfandes schon dann verfügen könne, wenn es die Ueberzeugung erlangt hat, daß der Gepfändete zahlungsfähig sei [361]).

357) Sunesen l. c. IX. 6. — liceat animalia comprehendere — — et impune donec damni fiat restitutio retinere. Ferner oben Note 122.

358) S. oben S. 290.

359) S. Note 303.

360) Böhmer Rechtsfälle Bd. 3. S. 706.

361) In dem Preuß. Landrecht findet sich dieselbe Ansicht; §. 448.: „Sobald der Gepfändete auf rechtliches Gehör anträgt, müssen ihm die Gerichte die gepfändeten Stücke, mit Vorbehalt der Rechte des Pfänders, abfolgen lassen." §. 449.: „Steht jedoch der Gepfändete unter einer andern Gerichtsbarkeit, oder ist er nicht für hinlänglich sicher zu achten; so kann er die Verabfolgung der Pfän-

Die Pfändung soll nicht allein die allgemeine Sicherheit, sondern noch eine besondere gewähren. Selbst daß wohl einige ältere germanische Rechte die Ansicht enthalten, daß bei einem (in demselben Gerichtsbezirk) mit Grundeigenthum angesessenen Mann die Pfändung nur den Beweis erleichtern soll, entscheidet dieses nicht, weil gerade hierin sich ein gewisses Schwanken kund gab, welches später verschwunden ist. Die gepfändete Sache selbst (oder das dafür niedergelegte Pfand) dient dazu, daß die oben bezeichneten Forderungen daraus befriedigt werden. Zeiler sagt in seinem Commentar zum Oestreichischen Gesetzbuch [362]: „Die Wirkung der Pfändung ist ein gesetzliches Pfandrecht mit allen damit verbundenen Folgen. Der Beschädigte hat also insbesondere das Recht, im Falle daß der Eigenthümer sich nicht meldet oder auf andere Art Ersatz leistet, auf die Feilbietung des gepfändeten Viehes zu dringen, um aus dem gelösten Werth den ihm gebührenden Ersatz zu verlangen." Wir würden uns diesen Satz für das deutsche Recht ganz zu eigen machen können, wenn nicht die hervorgehobenen Worte noch einer Erläuterung bedürften. Sie könnten nämlich die Vorstellung erwecken, daß durch die Pfändung auch eine dingliche Klage in Bezug auf die gepfändete Sache begründet würde, was aber im ältern deutschen Recht mindestens nicht der Fall war. Der Pfänder hatte nämlich nur das Recht, die Sache, bis der Zweck der Pfändung (Sicherung der Beweisvortheile, Sicherstellung wegen seiner Ansprüche) erreicht war, zu behalten; er konnte auch wohl wie aus einem gesetzten Pfande, wo es Noth that, seine Befriedigung daraus suchen, aber er konnte die gepfändete Sache, wenn sie aus seinem Gewahrsam gekommen war (z. B. wenn die gepfändeten Thiere entlaufen, zu ihrem Herrn zurückgekehrt waren), nicht von Neuem ergreifen, sie anfangen. Es wäre dieses gleichsam eine Erneuerung der nur einmal, und

der nur gegen Bestellung einer ansehnlichen Kaution für alles das, was der Beschädigte zu fordern hat, verlangen." §. 453.: „Auch muß dem Pfändenden auf sein Verlangen eine Recognition über die erfolgte Pfändung und die nur mit Vorbehalt seines Rechtes geschehene Rückgabe der Pfänder auf Kosten des Gepfändeten ausgefertigt werden."

362) Zeiler a. a. O. Bd. 3. S. 775.

beschränkt gestatteten Selbsthülfe gewesen. Stand es fest, daß die Thiere gepfändet worden waren, so war damit in Beziehung auf den Beweis auch der Vortheil, der dem Pfänder aus der Pfändung entsprang, schon erreicht; er konnte aber auch in der Regel wohl noch auf eine Sicherstellung wegen seiner Ansprüche, nicht aber auf eine Rückgabe der gepfändeten Sache dringen. Wiewohl nun, wie dieses öfter erwähnt worden, sowohl in den neueren Statuten und Gesetzen als auch von den Juristen der Gesichtspunkt, daß durch die Pfändung ein Pfandrecht entstehe, mehr festgehalten geworden ist, so ist man doch nicht so weit gegangen, daß man dem Pfänder ein Vindicationsrecht zugestanden hätte. Mir ist wenigstens nicht bekannt, daß dieses irgendwo geschehen wäre; dagegen aber sagt Kreittmayr[363]) ganz bestimmt: „Sonst erlangt man durch die Pfändung eben kein Jus reale auf dem Pfand, sondern nur Custodiam nebst ebverstandenem commodo." Er hat dabei den Beweisvortheil im Sinn, setzt dann aber gleich im Folgenden aus einander, wie die gepfändete Sache, so lange sie im Gewahrsam des Pfänders ist, auch zur Befriedigung der durch die Rechtsverletzung, um derentwillen die Pfändung vorgenommen wurde, und der durch und in Folge der Pfändung erwachsenen Ansprüche und Kosten verwendet werden könne. — Die gepfändete Sache konnte aber zur Befriedigung des Pfänders u. s. f. dienen und verwendet werden: a) Wenn der Eigenthümer des Pfandes sich gar nicht meldete. Doch ist nach deutschen Rechtsgrundsätzen dabei vorauszusetzen, daß der Eigenthümer dem Pfänder unbekannt war, da letzterer verpflichtet war, dem erstern eine Anzeige von der geschehenen Pfändung zu machen. So schreibt in Beziehung darauf das Geldernsche Landrecht vor[364]), „daß, wenn der Eigner der gepfändeten Thiere unbekannt ist, es in der Kirche des Dorfes, wo die Pfändung geschehen ist, ausgerufen und, wenn sich dann binnen acht Tagen niemand meldet, zum Verkauf derselben geschritten werden soll." Das Preußische Recht verlangt aber, daß auch der bekannte Eigenthümer, an den eine Vorladung, der Abschätzung des Schadens beizuwohnen, ergangen

363) Kreittmayr a. a. O. S. 1277.

364) Geldern Landr. a. a. O. R. 5. 6.

ist, sich innerhalb drei Tagen nach geschehener Abschätzung (wohl um seine Erklärung, ob er sich zum Ersatz verstehen will, abzugeben) melden soll, widrigenfalls zum gerichtlichen Verkauf des Pfandes geschritten werden kann [365]). b) Der andere Fall, wonach letzteres gemeinrechtlich statt finden kann, ist, wenn nach verhandelter Sache und nach erfolgtem richterlichen Urtheil (dem aber eine gütliche Uebereinkunft gleichzusetzen ist) die Zahlung nicht erfolgt. Die Particulargesetze schreiben wohl Termine vor, innerhalb welcher die Meldung als Eigenthümer des Pfandes, oder auch wohl die Zahlung gegen Rücknahme des Pfandes geschehen muß [366]). Bei essenden Pfändern kann selbst nach particularrechtlichen Bestimmungen zum Verkauf des Pfandes geschritten werden, wenn der **bekannte** Eigenthümer, nach ihm gewordener Anzeige und während schwebender Sache, in der gesetzten Zeit dasselbe nicht durch eine andere Sicherheitsbestellung ausgelöst hat [367]). Es ist dieses ein Rest der im ältern deutschen Recht begründeten Verpflichtung, den Pfänder von der custodia durch Auslösung der gepfändeten Thiere zu befreien, zu deren Erfüllung der Thiereigner bald durch die Drohung, daß der Pfänder das Vieh ohne Futter lassen dürfe, bald durch Auf-

365) **Preuß. Landr.** §. 438. **Scheplitz** consuet. Brand. t. XXI. p. 520. So aber der Schaden taxirt und er das Pfand darüber stehen läßt, soll der, so gepfändet hat, für Richter und Schöppen auf das Pfand klagen und sich so viel am Pfande zuerkennen lassen, als er Schaden gelitten; das Uebrige soll dem, so gepfändet, wieder gefolgt werden. cf. **Leyser** medd. c. IX. §. 8. 9.

366) So z. B. **Baierisch. Landr.** Th. II. K. 6. §. 24. „Innerhalb 3 Tagen nach richterlichem Ausspruch muß das Pfand ausgelöst werden und dann wird es nach Maßgabe Ord. Jud. c. 18. verkauft, und man ist nicht schuldig zu warten, bis das Pfand durch Schaden und Gerichtskosten absumirt ist." Das Letzte mochte wohl auf die Sächs. Constit. II. 27. (s. oben S. 308.) hindeuten, welches erst dann zum Verkauf schreiten läßt, wenn das Pfand **verstanden** ist." S. **Curtius** Sächs. Civilr. §. 1163. **Bauer** de pign. p. 40.

367) **Brandenb. Constit.** Tit. 49. „Würde es aber auch noch 14 Tage stehen bleiben, so sollen auf das, der die Pfändung gethan, Ansuchen, die Pfänder taxiret, und so theuer sie gelten, verkauft und das Geld, bis nach Austrag der Sachen, in den Gerichten niedergelegt werden." S. Note 340.

erlegung einer besondern Buße, bald, wie wir hier sehen, durch die Distraction der gepfändeten Viehstücke angehalten wurde. Die Reichsgesetze [368]) verordnen, daß bei Pfändungen wegen kundlicher Schuld zum Verkauf des Pfandes geschritten werden dürfe, um den Gläubiger bezahlt zu machen, wenn bei essenden Pfändern sich niemand innerhalb dreier Nächte und Tage, bei liegenden Pfändern innerhalb vier Wochen zur Lösung gegen andere gehörige Sicherheit melde. Es dürfte dieses nicht ohne Einfluß auf die particularrechtlichen Satzungen in Betreff der Pfändungen wegen Schadens geblieben sein.

Wenn es nun zum Verkauf einer gepfändeten Sache kommt, so muß man wohl als Regel annehmen, daß derselbe in der Weise statt finden muß, wie es bei gesetzten Pfändern Rechtens ist. Während nach einigen Rechten der Verkauf nie anders als gerichts-öffentlich geschehen kann, ist nach anderen nicht nur ein Privatverkauf zulässig [369]), sondern es bedarf, wenn die übrigen Bedingungen vorhanden sind, nicht einmal der vorherigen Nachsuchung einer richterlichen Erlaubniß [370]). Nach älterm deutschen Rechte trug, wie oben bemerkt worden, der Pfänder die Gefahr der Sache. Es ist dieses aber nicht so zu verstehen, daß, wie es wohl bei der Satzung vorkam [371]), die Forderung des Pfänders mit dem Pfande selbst unterging. Die Forderung haftete nicht an diesem, sie hatte eine andere causa, und bestand auch ohne vorgenommene Pfändung, die an dem übrigen Sachverhältniß nichts änderte. Jenes Tragen der Gefahr hatte vielmehr die Folge: a) daß der Pfänder dafür einstehen mußte, wenn durch das abgepfändete Vieh ein Schaden angerichtet wurde; und b) daß er dem Eigenthümer Ersatz für das in seiner Gewahr-

368) R. A. v. 1389. §. 24. v. 1442. §. 3.

369) So war nach der Pommerschen Polizei-Ordn. v. 1681. art. XXI. poss. ult. außergerichtlicher Verkauf der gepfändeten Sachen gestattet; doch ist später gerichtlicher Verkauf als nothwendig angesehen worden. S. Motive zum Entwurf d. Provinzialrechts für Neu-Vorpommern a. a. O. S. 258.

370) So noch Mecklenb. H. u. L. G. O. Pars II. 41. §. 2. „Wenn auf das Vieh das gewöhnliche Pfandgeld verweigert wird, und dem pignoratori das Vieh zu halten beschwerlich, kann Pignorator das gepfändete Vieh verkaufen, seines Schadens auf vorhergehende Moderation sich erholen, den Rest Pignorato zustellen, und wenn er selbigen nicht annehmen will, im Gerichte deponiren.

371) Phillips D. Privatr. Bd. 1. S. 588.

sam, selbst ohne seine Schuld, umgekommene Vieh zu leisten hatte. Es trat hier dann ein Gegeneinander-Rechnen der beiderseitigen Forderungen, des Pfänders und des Gepfändeten, ein. Dieses Tragen der Gefahr von Seiten des Pfänders wurde indeß in altgermanischen Gesetzen schon hie und da beschränkt, und heutigen Tages darf man es wohl ganz als veraltet ansehen, da die römischen Grundsätze über den casus so allgemein herrschend geworden sind [372]), daß man Abweichungen von denselben, auf welche man erst in neuester Zeit bei einem gründlichern Studium der älteren deutschen Rechtsquellen aufmerksam geworden ist, gar nicht einmal ahndete.

3. Als eine dritte Wirkung, die zum Vortheil der Pfändenden gereichte, wird auch oft aufgezählt, daß dadurch der Gerichtsstand am Ort der geschehenen Pfändung begründet wird, so daß das Gericht nun nicht nur über die Pfändung, sondern auch über die Sache selbst, wegen welcher gepfändet worden, zu entscheiden hat [373]). Da nach altgermanischen Verhältnissen die Schwierigkeiten der Verfolgung einer Rechtssache in einem andern Gerichtsbezirke noch oftmals größer sein mußten, als in unseren geordneteren zu einer festen Einheit verbundenen Staaten, so dürfte diese Ansicht, wenngleich wenig directe Hinweisungen darauf sich finden, der deutschen Vorzeit nicht fremd gewesen sein. — Das Preußische Landrecht bestimmt: „daß der Beschädiger allemal schuldig sei, auf die Entschädigungsklage bei den Gerichten des Ortes, wo die Pfändung erfolgt ist, sich einzulassen [374]). Wenn aber die Pfändung blos in der Absicht, sich gegen Beeinträchtigungen eines vermeintlichen Rechtes zu schützen, vorgenommen, so soll die Klage über die Beeinträchtigung bei dem ordentlichen Gerichtsstande, wohin die Sache ohne Rücksicht auf die geschehene Pfändung gehören würde, angestellt werden" [375]).

Es möge bei der Ausdehnung, welche diese Abhandlung gewonnen, genügen, auf den vorstehenden Gegenstand hingewiesen zu haben. Da das Wesen der Pfändung dargelegt worden, so

---

372) S. z. B. Stryck de pign. V. 23—27. VI. 27. Kreittmayr a. a. O. S. 1278. a. E.
373) Kreittmayr a. a. O. S. 1276.
374) Preuß. Landr. §. 437. Vgl. Bornemann Preuß. Civilr. I. S. 439. und die Note daselbst.
375) Preuß. Landr. §. 451.

wird die Anwendung der allgemein processualischen Grundsätze auf dasselbe, worauf es hier ankommt, auch sich mit größerer Sicherheit machen lassen. — Wenn aber dadurch auch die Mängel und Unvollkommenheiten dieser Abhandlung noch vermehrt sein sollten, so möchte doch nicht ganz verkannt werden, das in diesem Versuch dargelegte Streben, die deutschen Rechtsinstitute auf einer durch umfassendere Benutzung der älteren germanischen Rechtsquellen erweiterten und wohl auch vertiefteren Grundlage zu erbauen, sich möglichst ihres ursprünglichen Sinnes und Geistes zu bemächtigen, und sie in ihrer Umbildung (was bisher nur noch in wenigen selbstständigen Behandlungen einzelner deutscher Rechtsgegenstände geschehen ist) bis in die neueste Zeit herab zu verfolgen. An dem Pfändungsrecht wegen Schadens stellt es sich besonders auch hervor, wie durch die Befangenheit in römischen Rechtsanschauungen, wie sie den älteren Juristen eigen war, so viel Fremdartiges in ein Institut hineingebracht worden ist, dessen rein deutschen Ursprung man eigentlich nie verkannt hat, dem man seinen eigenthümlichen Charakter auch nie hat nehmen wollen, und wie dadurch erst die meisten Schwierigkeiten und die meisten Streitfragen in Beziehung auf dasselbe hervorgerufen worden sind. Die Scheidung dessen, was wirklich bei dem Institute dem deutschen Leben, sei es älterer, sei es neuerer Zeit, angehört, von dem, was rein nur, ohne eigentlich Wurzel im Volke gefaßt zu haben, der Behandlungs- und Auffassungsweise der Juristen seinen Ursprung verdankt, dürfte vielleicht auch für künftige Gesetzgebung über diesen Gegenstand nicht ohne einigen Nutzen sein. Möchten aber auch recht viele ähnliche und Besseres leistende Arbeiten in dieser Zeitschrift dazu beitragen, Ansehen und Liebe des deutschen Rechts besonders bei denen zu befestigen, welche ihr Leben der Handhabung des Rechts gewidmet haben, das wohl noch herrschende Vorurtheil zerstreuen, als biete das deutsche Recht meist nur Veraltetes dar, und vielmehr in einem weiteren Kreis es immer anschaulicher machen, wie das scheinbar Antiquarische, bei richtiger Behandlung, auch für das gegenwärtige Leben oft von hoher Bedeutung ist.

Ueber

die germanische Bürgschaft,

mit besonderer Rücksicht auf das jütsche Low.

Von

Dr. G. C. Müller,

Advocaten in Kiel.

Einleitung.

Bei der vorliegenden Abhandlung ist es nicht meine Absicht, die Bürgschaft in ihren Einzelnheiten zu verfolgen, indem es überflüssig erscheinen möchte, unbestrittene und längst fixirte Wahrheiten zu wiederholen, und es mich zu weit führen würde, wenn ich alle, selbst wichtige, Streitfragen in dieser Materie berühren wollte, die etwa durch die Doctrin hervorgerufen sind. Es soll vielmehr meine Aufgabe nur die sein, das Wahre und den Charakter der Bürgschaft in ihren wichtigsten Punkten hervorzuheben, um vor allem den Begriff derselben festzustellen, über welchen weder Theorie noch Praxis ganz einig sind. Dabei ist mein Augenmerk vorzüglich gerichtet auf das germanische Recht. Es ist also die Frage zu beantworten, wie unsere Vorzeit über die Bürgschaft gedacht, und welche charakteristische Merkmale sich hierüber in den einheimischen Rechtsquellen finden.

Wenn ich aber gleich anfangs Vergleichungen anstelle zwischen römischen und germanischen Grundansichten, namentlich was den Entwickelungsgang unseres Rechtsinstituts betrifft, so

geschieht dies nicht allein des rechtshistorischen Interesses wegen, sondern auch, weil die Gegenüberstellung des römischen Rechts, wie in den meisten Rechtsmaterien, so auch hier, eine besondere Beleuchtung gewährt.

Von der germanischen Bürgschaft im Allgemeinen wende ich mich dann zu ihrer Gestaltung in einem besondern Gesetzbuche, dem jütschen Low, welches im Herzogthume Schleswig bis auf den heutigen Tag, obwohl in vielen Stücken antiquirt, doch im Allgemeinen geltendes Gesetz ist. Auch in diesem Gebiete unterliegt die Bürgschaft, ein so wichtiges und ins tägliche Leben so häufig eingreifendes Rechtsgeschäft, nicht allein in der Theorie, sondern auch in der Praxis, den verschiedenartigsten Ansichten.

Am Schlusse schien es mir passend, aus den gewonnenen Resultaten Folgerungen zu ziehen, die einfach den Knoten lösen, welcher, wie mir bekannt, vor Jahren hier im Lande vor einem hohen Richtercollegium keine Erledigung fand.

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen über die Bürgschaft.

Die Bürgschaft ist das vertragsmäßige Dazwischentreten einer dritten Person, um den Gläubiger wegen Forderungen, die er gegen einen andern hat, sicher zu stellen, also eine cumulative Intercessionsart. Der Hauptschuldner bleibt verpflichtet, nur tritt in dem Bürgen durch Begründung einer Obligation noch eine persönliche Sicherheit hinzu, statt bei der Pfandbestellung ein schon vorhandenes Rechtsverhältniß, sei's ein dingliches, oder auch ein persönliches, das Object ist, welches Sicherheit gewähren soll. Diese neue in dem Bürgen entstandene Obligation ist aber nicht etwa eine neben der alten Hauptschuld selbstständig hinlaufende principale Verbindlichkeit, sondern es ist nur eine Schuld vorhanden, die aber in zwei oder mehreren Personen juristisch ihre Tilgung finden kann, so daß durch die einmalige Zahlung, und was dieser gleichsteht, das obligatorische Rechtsverhältniß aufgehoben wird. Die Bürgschaft ist accessorischer Natur, das accessorium folgt dem principale, fällt und steht mit der Hauptschuld.

Die angeführten Eigenschaften sind die Grundpfeiler unseres Rechtsinstituts, als aus dem Begriffe nothwendig folgend. Ein jeder, der eine Bürgschaftsverbindlichkeit eingeht, denkt sich nur eine cumulative Intercession dabei, keine Novation der Art, daß der eigentliche Schuldner dem Gläubiger gegenüber gänzlich liberirt werde. Wenn nun aber das Gesagte schon Folge des Begriffs ist, und es daher zur Bestätigung desselben keiner ausdrücklichen gesetzlichen Zeugnisse bedürfte, so liegen dieselben im römischen Rechte doch in reichlichem Maaße vor [1]), so wie die Doctrin wohl nie hier Zweifel gefunden hat [2]).

Was aber die germanischen Rechtsquellen betrifft, so wird obiger Merkmale in der Regel ausdrücklich nicht gedacht, obgleich in der Fassung der Gesetzesstellen das Princip bestimmt genug angegeben liegt [3]), während diese sich hauptsächlich beschränken auf die Angabe von charakteristischen germanischen Merkmalen, die nicht als zum Wesen des Begriffs nothwendig gehörig erscheinen, daher auch nach Zeit und Umständen in verschiedener Gestalt hervortreten.

Wenn dennoch hiergegen einzelne Stimmen sich erhoben haben, die behaupten, daß in germanischen Rechtsquellen, z. B. im jütschen Low, mit dem Begriffe der Bürgschaft ein ganz anderes Rechtsgeschäft verbunden sei, wie bei den Römern und bei uns heutzutage, d. h. daß unter der Bürgschaft in Civilschuldsachen kein cumulativer Hinzutritt eines Dritten verstanden worden sei, sondern eine eigentliche novatio, wodurch der Hauptschuldner ganz liberirt worden, so ist das ein unbegreiflicher Mißgriff und eine historisch nicht zu begründende Behauptung. In den Rechtsquellen findet sich nicht die geringste Andeutung

1) Gaj. III, 126. §. 5. J. de fidejuss. l. 8. §. 7—11. l. 42. D. eod. l. 1. D. qui satisdare cog. l. 1. §. 8. D. de obl. et act. und andere.

2) Thibaut Pand. §. 599. Wening-Ingenheim Civilrecht §. 353. Brinkmann Rechtskunde S. 226. 236. Weber natürl. Verbdlchkten §. 112 u. s. w.

3) Sachsensp. III, 85. Lüb. Recht III, 5. §. 1 u. 2. Jüt. Low. II, 62. Blüting's Glosse zum jüt. Law. Danske Lov I, 23. §. 4. 15. Ditmarsch. Landrecht art. 49. Eichhorn deutsches Privatrecht §. 120 u. s. w.

davon, und man kann sich unmöglich auf die Bürgschaft in Criminalsachen berufen, da hier nur eine Gleichheit der Benennung stattfindet, im Uebrigen aber die größte Verschiedenheit obwaltet [4]).

Die Bürgschaft ist, was die Personen betrifft, zwischen welchen sie eingegangen wird, zunächst ein Geschäft, geschlossen zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger [5]), ohne daß man Rücksicht zu nehmen braucht auf den Hauptschuldner, wenn es auch gewöhnlich der Fall sein wird, daß zwischen diesem und dem Bürgen ebenfalls eine Vereinbarung getroffen wird, die für letzteren besonders von der Wichtigkeit ist, daß er, im Falle der Zahlung an den Gläubiger, auf Schadloshaltung gegen den Hauptschuldner mit der Contractsklage auftreten kann, im entgegengesetzten Falle aber nur aus der Geschäftsführung oder als Cessionar ein Klagerecht hat. Ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger kann durch den Vertrag zwischen jenem und dem Hauptschuldner nicht entstehen [6]), so wie umgekehrt, da eine Obligation einer Kugel zu vergleichen ist, die nur die Contrahenten berührt [7]).

4) Z. B. neuerdings Sarauw im neuern staatsbürgl. Magazin für die Herzogth. Schleswig und Holstein Bd. 7. Heft 3. S. 552. Bei der Interpretation des jütschen Low's werde ich genöthigt sein, auf diesen Punkt zurückzukommen.

5) Im römischen Rechte geht dies schon hervor aus der Formel: „quantam pecuniam credidero, fide tua esse jubes?" l. 47. §. 1. D. de fidejuss. §. 1. J. de verb. obl. Brissonius de form. p. 549. cf. Danske Lov I, 23. 15. Michaelis mosaisches Recht Th. 2. S. 55 u. 56 behauptet freilich, daß bei den Juden es anders gewesen, weil der Debitor dem Bürgen die Hand gegeben; allein dies auch zugegeben, so schließt ja eine etwanige Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Schuldner einen Vertrag zwischen jenem und dem Gläubiger nicht aus.

6) Eichhorn deutsch. Ptrecht S. 827. (4te Ausg.). Freilich ist von mehreren Rechtslehrern behauptet worden, daß jetzt nach dem Naturrechte ein Dritter aus dem zu seinem Vortheile geschlossenen Vertrage immer klagen könne. Höpfner Comment. §. 738. Glück Pand. Bd. 25. S. 372., wobei nur zu beklagen, daß das Naturrecht bis jetzt noch nicht promulgirt ist.

7) Hiervon giebt es nur einzelne singuläre Ausnahmen, wenn wir auf das römische Recht sehen, cf. l. 45. D. salut. matr. l. 13 pr.

Das römische Recht kennt mit Rücksicht auf die Bestellung der Bürgschaft drei sowohl der Form als der Materie nach verschiedene Arten der cumulativen Intercession, die fidejussio, das mandatum qualificatum und constitutum debiti alieni, deren Unterschied im Wesentlichen beruht auf dem Gegensatze des strictum jus und der aequitas, des Civilrechts und des Edictsrechts, auf der schroffen Trennung zwischen cives und peregrini u. s. w., daher auch bei dem allmäligen Verschwinden dieser Gegensätze die formelle Verschiedenheit aufhören mußte. So finden wir dieselben im justinianeischen Rechte, da von diesem Kaiser und schon vor ihm fast Alles abgestreift war, was an die älteste Zeit erinnerte, und jene drei Arten der Bürgschaft haben nur noch eine Bedeutung in materiellen Gegensätzen [8]).

Bei den germanischen Völkerstämmen aber findet sich nur eine Art der Bürgschaft, als Folge geringeren politischen Verkehrs und größerer Einfachheit in rechtlichen Verhältnissen, wo es keiner unterscheidenden Formen bedurfte, wo kein vermittelndes Princip, wie in Rom der praetor, als Organ der aequitas, einem strengen Formenwesen, dem strictum jus, beigeordnet zu werden brauchte, wo nicht geschieden war vor dem Gesetze Einheimischer und Fremder, besonders seitdem die Idee des persönlichen Rechts und der Professionen verschwunden war.

Wichtige Nachrichten giebt aber Gajus [9]) über den geschichtlichen Entwickelungsgang der römischen Bürgschaft, was von besonderem Interesse ist, wenn man altgermanische Ansichten damit vergleicht und eine gewisse Uebereinstimmung antrifft. Abgesehen von den formellen Unterschieden, die die fidejussio, fidepromissio und sponsio, als der strengen Bürgschaft vermittelst einer stipulatio, charakterisirt, so hafteten die Erben der fidepromissores und sponsores nicht für die Schuld, ja

---

D. de pign. act. l. 21. D. de fidejuss. c. 3. C. de donat. q. sub modo c. 8. C. ad exhibend. und andere.

8) Ueber das Verhältniß dieser drei römischen Intercessionsarten ist besonders gehandelt von Brinkmann Rechtskunde S. 228—260., wo auch zugleich die Frage erörtert ist, welche von den römischen Grundsätzen auf eine heutige Bürgschaft Anwendung leiden.

9) III, 115 sqq.

sogar dauerte die Haft ersterer nach einer lex Furia nur zwei Jahre. Wenn auch nicht dieser letztere, so findet sich doch der erste Grundsatz in fast allen älteren germanischen Rechtsquellen [10]). Es war im altdeutschen und nordischen Rechte Regel, daß Schuldverbindlichkeiten zunächst auf die Person gingen, gleichsam auf dem Körper des Verpflichteten hafteten. Die Güter ter wurden nur mittelbar afficirt, die Person war der nächste Gegenstand der Execution. Daraus folgt das zu eigen Geben des Schuldners an den Gläubiger, die Uebergabe zu Hand und Halfter [11]). Dazu kommt noch, daß das germanische Recht dem Erben keinen repräsentativen Charakter beilegt, es kennt keine unitas personae zwischen dem Erben und dem Erblasser [12]), daher die Massen getrennt bleiben. Aehnlich stand es in ältester Zeit in Rom. Auch hier war die Person gewissermaßen körperlich verpflichtet (strenge obligatio personae), und die Execution erfolgte nur an der Person, daher der nexus, die addictio debitoris in manum creditoris, und sogar das in partes secare, wenn mehrere Gläubiger existirten, bis die lex Petillia Papiria hierin eine wesentliche Veränderung herbeiführte, und den Creditoren das Vermögen des Schuldners zunächst als Object ihrer Befriedigung anwies. Früher erlosch die Obligation mit dem physischen und bürgerlichen Tode, ja sogar durch eine

---

10) Z. B. l. Burgund. 82, 2. Sächsisches Weichbild art. 117. Leobschützer Statuten (bei Böhme 2, 16.). Hannöversche Statuten (bei Puffendorf 4, 209.). Hadeler Statuten art. 4. Pölmann Handbuch V, 9. 23. Erfurter Stadtrecht (in Walch's Beiträgen Th. 2. S. 37.). Mühlhäuser Stadtrecht B. 3. B. 37. §. 1. Menzel de nexu heredum ex fidejuss. Rost. 1735.

11) Runde deutsch. Ptrecht S. 209. leitet diese Behandlung des zahlungsunfähigen Schuldners aus der Absicht her, den Credit zu sichern, weil dieser eine Hauptstütze des Handels sei. Allein dies ist historisch falsch, denn eine solche Sicherung des Handels und Credits gehört erst der neueren Zeit an, während das zu eigen Geben des bösen Schuldners uralt ist, und ehedem bei den alten Germanen allgemein galt.

12) Nach dem Sachsensp. 1, 6. haftet der Erbe schon mit der fahrenden Habe, nach dem jüt. Low 1, 26. tritt derselbe in alle Verbindlichkeiten des Erblassers.

capitis diminutio minima [13]; es fand kein Uebergang auf den Erben statt, so wie es überhaupt bei den Römern in der ältesten Zeit keine successio per universitatem in bona defuncti gab, und dem Obigen nach nicht geben konnte [14].

Wie lange nun der erwähnte Grundsatz im deutschen Rechte sich mag gehalten haben, läßt sich nur so angeben, daß das veränderte Executionsverfahren an dem Vermögen des Schuldners (Nam) auch hier das strenge Haften der Person verdrängen mußte [15], und mit Rücksicht auf die Bürgschaft treten die Grundsätze des justinianeischen Rechts ein, wo nur die fidejussio übrig geblieben ist.

Eine andere Uebereinstimmung zwischen römischer und germanischer Vorstellungsweise liegt in der Art, wie der Bürge neben dem Hauptschuldner haftete; allein da hierüber später wird gehandelt werden, so wende ich mich nun erst zum jütschen Low.

§. 2.

Ueber die Bürgschaft nach jütschem Low insbesondere.

Es muß zum Ruhme unseres Zeitalters gesagt werden, daß man mit größerem nationalen Selbstgefühle das Studium der einheimischen Rechte nicht als überflüssig mehr ansieht, daß man,

---

13) Daher bekanntlich später eine restitutio ob cap. dim. gegeben ward, um die Gläubiger zu sichern.

14) Die gemeine Meinung nimmt an, daß in den 12 Tafeln jene Universalsuccession schon gegeben sei; allein erstens widerstreitet diesem die Natur einer strengen obligatio personae, zweitens liefern die fragmentarischen Ueberreste der 12 Tafeln keine bestimmte Zeugnisse, so wie der Ausdruck „familiam habeto" nichts für die gemeine Meinung beweist, indem familia bekanntlich nur den Inbegriff der körperlichen Sachen des defunctus bedeutet, nicht das Vermögen im Ganzen, d. h. den Complex der activa und passiva. Man vergleiche hierüber l. 2. §. 5. l. 25. §. 1. D. fam. herc. Christiansen Rechtsgeschichte Bd. 1. S. 414. Altona 1838.

15) Im Eiderstädter Landrechte 3. art. 7. §. 10. heißt es: „Nachdem die Bürgschaft von Rechtswegen auch gegen den Erben verbindet, obschon desselbigen in der Verschreibung nicht gedachte ꝛc."

bei aller Achtung vor den von Süden her in Deutschland eingewanderten Hülfsrechten, doch auch strebt, im eignen Hause immer mehr und mehr bekannt zu werden; und in so fern hat jede wissenschaftliche Arbeit, die auf das Verständniß der vaterländischen Rechtsquellen sich bezieht, großen Werth. Allein die tägliche Erfahrung lehrt, wie viel noch ferneren Forschungen überlassen ist, und wie oft es namentlich in der Praxis an einer Rechtssicherheit mangelt, die nur durch das richtige Verstehen der Gesetze und durch eine sichere Auffassung der charakteristischen Merkmale eines darin behandelten Rechtsinstituts errungen werden kann, um schwankenden Ansichten bei richterlichen Entscheidungen vorzubeugen.

Wenn ich nun mit Rücksicht auf die Bürgschaft ein älteres Gesetzbuch, das jütsche Low, zur besondern Behandlung mir gewählt habe, so führt mich darauf theils das Interesse für geschichtliches Rechtsstudium, theils auch das Schwanken über diesen Gegenstand in Theorie und Praxis. Erst neuerdings sind hierüber sich widersprechende Ansichten ausgesprochen [1]), denen ich nicht beistimmen kann. Es war mir daher ein Bedürfniß, den Text des jütschen Low's über die berührte Materie einer ausführlicheren Interpretation zu unterziehen, um einen festen Anhaltspunkt zu gewinnen, der im Gebiete dieses Gesetzbuches doppelt nothwendig ist, da das römische Recht nicht als Hülfsrecht gilt, wohin man sich im Nothfalle retiriren könnte, und die Natur der Sache, wie man sich auszudrücken pflegt, einen zu wenig positiven Charakter hat.

Als Präliminarfragen, die von vorn herein einen Ausgangspunkt der Beurtheilung uns verschaffen mögen, schicke ich die voraus: was man zu erwarten berechtigt ist von einem Gesetzbuche des 13ten Jahrh., wie das jütsche Low, als Quelle betrachtet für das Privatrecht, und welche Stellung die Bürgschaft in demselben erhalten hat?

Es ist eine allgemein bekannte Sache, daß in älterer Zeit das Privatrecht nicht so sehr der Gesetzgebung anheim fiel, als der autonomischen und gewohnheitlichen Entwickelung. Was

---

1) Neues staatsbürgl. Magazin Bd. 4. S. 365. Bd. 7. Heft 3. S. 552.

namentlich die einfacheren obligatorischen Verhältnisse damaliger Zeit an Rechtsnormen bedurfte, war gering genug, um im Volke selbst zu leben und schien hinlänglich aufbewahrt in Rechtsparömien, Liedern, Weißthümern (Dingvinde) u. s. w. Dagegen forderte das Erbrecht, Familienrecht, der Proceß und das Strafrecht schriftliche Aufzeichnungen, weil die dafür entstandenen Rechtsnormen in ihrer Fülle dem Gedächtnisse allein nicht anzuvertrauen waren, man vergleiche nur die Größe und Mannichfaltigkeit der Bußtaxen. Der Umfang und Inhalt der Rechts- und Gesetzbücher des Mittelalters ist daher ein mehr beschränkter; wir dürfen demnach auch nicht in unserem nordischen Gesetzbuche einen Reichthum an Bestimmungen über die Bürgschaft erwarten, der von einer bedeutenden Entwickelung des Instituts zeugen sollte; es möchte vielmehr befremden, daß bei dem Mangel an Normen für obligatorische Verhältnisse überhaupt, dennoch desselben Erwähnung geschieht; allein welche Stellung hat die Bürgschaft im Gesetzbuche erhalten? war die zweite Frage.

Das zweite Buch des jütschen Low's handelt im Wesentlichen von dem functionellen Unterschiede der Sandmänner und Näffninge, für eine bestimmte Zeit fest ernannte Richter, vornehmlich in Strafsachen und nur in einzelnen wichtigen Civilsachen competent, z. B. bei Gränzstreitigkeiten [2]), daher auch besonders das processualische Verfahren bei den einzelnen Verbrechen erörtert wird. Im Gegensatze zum Verfahren in Strafsachen geht der Gesetzgeber im art. 61. über zum Proceß in rein civilrechtlichen Schuldverhältnissen, als wo keine Näffninge schwören und richten sollen [3]), spricht davon, wie derjenige, welcher einem andern Geld oder Gut geliehen hat, seine Befriedigung erlangen kann, und geht darauf im art. 62. über zum Bürgen, um zu bestimmen, wie dieser, der nicht wie ein Schuldner im

---

2) Jüt. Low 2, 1 ꝛc. Ancher om vore gamle Retterthing (samlede Skrifter 2 Del), Rosenvinge, Danske Retshistorie. Del 2. §. 182. Staatsbürgl. Magazin Bd. 5. S. 168 ff.

3) Vergl. die Ueberschrift des altdänischen Textes zum art. 61: „Um hwat naefningae sculae aei til gangae.“

art. 61. in einem principalen Schuldverhältnisse steht, gerichtlich anzusprechen sei.

Die Bürgschaft ist hier lediglich von einem processualischen Standpunkte aus behandelt, was zum Verständnisse der Textworte höchst wichtig ist, daher auch des Rechtsinstituts, was die Materie betrifft, nur kurzer aber doch charakteristischer Erwähnung geschieht.

In der Reihe der Artikel, die über unsern Gegenstand handeln (art. 62—65.), erscheint die Bürgschaft in einer zwiefachen Gestalt:

1) als Bürgschaft für eine Civilschuld. Davon im art. 62.

2) als Bürgschaft für einen der Flucht verdächtigen Verbrecher, als psychologisches Zwangsmittel, um denselben an Ort und Stelle zu halten. Der Bürge soll, wenn der Verbrecher, sei's mit oder ohne Schuld des Bürgen, entweicht, alle Schulden, die durch das Verbrechen verwirkt sind, wie Wergeld, Buße und Brüche bezahlen, so wie außerdem noch eine Brüche von 40 Mark dem Könige und 40 Mark den Bonden (d. h. Schöffen, Richtern), die sogenannte große Brüche als Strafe erlegen. Hiervon im art. 63. und 64. [4])

Im art. 65. werden diese beiden Arten wieder zusammengefaßt und darüber gehandelt, welche Personen fähig sind, eine Bürgschaft zu übernehmen [5]).

---

4) ..... Geschege idt ock, dat disse Man entqueme durch Unglücke edder ock mit Rade sines Börgen: so schall Dejenne, de vor eme Börge was, alle de Schuldt unde Bröke, de he schüldich was, erleggen unde betalen. Unde dar baven 40 Mark dem Bonden unde 40 Mark dem Köninge. Darümme det he den Man nicht thor Stede wedder inbrechte.

5) Nach dem art. 65. sind unfähig, Bürge zu werden: 1) gelehrte Männer, Klosterleute und Unmündige unter 18 Jahren; 2) Jungfrauen, Kinder und Ehefrau, so wie der Sohn, so lange er mit dem Vater in Gemeinschaft ist, wenn er auch zu seinen Jahren gekommen, d. h. mündig geworden ist. — Das Princip, welches diesen Verboten zum Grunde liegt, ist, weil diese Personen nichts Eignes haben, was aber freilich nicht auf die „gelehrten Männer" zu passen scheint, wenn man nicht annehmen will, daß diese in damaliger Zeit zu den Regularen gehörten.

Uns interessirt hier nur die Bürgschaft für eine Civilschuld, daher der art. 62. einer nähern Erklärung bedarf. Es wird aber zum bessern Verstehen der Quelle nöthig sein, den von Ancher und neuerdings von Rosenvinge [6]) kritisch behandelten altdänischen Text zu vergleichen mit der authentischen [7]) plattdeutschen Uebersetzung von Eckenberger. Der art. 62. lautet folgendenmaaßen:

Altdänischer Text.

Um borghae.

Of man [8]) borghaer for annen. oc wil han aei gialde thaer borghae worth. tha scal thylickest a hanum kallae sum for annen giald. forthi at hwat sum man worth borghae fore thet scal han gialde. oc aengi man ma sik saeghae af borghae. tho scal thaer aei naefningae tilgangae. oc aei um skiliae forthi thet aer swa sum annen giald [9]).

Authentischer Text.

Vam Borgen.

§. 1. Lavet jemandt edder wert Borge vor einen andern, unde wil de Borge nicht betalen, so mach de Gelöviger den Börgen anspreken, alse vor andere Schuldt.

§. 2. Wente wor ein Man vor lavet, det schal he betalen, ock mach sick nemandt van sinen Löffte affseggen, he hebbe den vörhenne betalet, der he vör gelavet hebbe.

§. 3. Idt schölen överst hyr aver nene Näffninge schweren, denne dit is anders nicht als andere Schuldt.

---

6) Ancher jüdske Lov. Kiøbenhavn 1783. Kolderup-Rosenvinge Samling af gamle Danske Love III. Kiøbenhavn 1837.

7) Christian IV. Verordnung v. 20sten Nov. 1592.

8) Die Flensburger Hdschrift hat „annaen, annaen man.“ Diese wie andere kleine Varianten sind von keiner Erheblichkeit.

9) Der lateinische Text lautet: De fidejussione. „Qui pro alio fidem obstrinxit, solvere autem recuset, conveniatur perinde ac pro proprio debito: nam quod sua fide esse jussit, id praestare tenetur, nec cuiquam renunciare fidejussioni licet. Tamen nominatis (Naevninger) hic non est locus, nec eorum sententiae, nam idem jus obtinet, quod in reliquis debitis.“

ad §. 1. **Lavet jemandt edder wert Börge vor einen andern u. s. w.**

Der dänische Text umfaßt mit dem Worte borghaer jene beiden genannten Arten von Bürgschaften, nur daß im art. 65. zwischen dem einfachen borghae und borghae for paeningae unterschieden wird, welches letztere besonders die Bürgschaft für eine Schuld andeuten soll. Eckenberger unterscheidet zwischen lave und borgen, wert Börge, denn es ist ersichtlich, daß das „edder" (eller) disjunctiv und nicht explicativ zu nehmen ist. Es scheint nun, daß lave gebraucht wird für die Bürgschaft in civilen Schuldverhältnissen, dagegen borgen für die zweite Art, wenigstens stimmt hiermit überein der Sprachgebrauch im art. 63. und 64., so wie des Danske Lov's I, 23. §. 4. 10. 11., wo sich mit wenigen Zusätzen dieser ganze Abschnitt wörtlich übersetzt findet, und wo zwischen Forlover und Borgen unterschieden wird.

Das Wort „Gelöviger" bei Eckenberger deutet sicher auf die Bürgschaft für eine Civilschuld, welches man gewiß nicht, oder wenigstens sehr uneigentlich, auf diejenigen Personen beziehen kann, denen das Wergeld, die Buße, Brüche zufällt, also der ganzen Familie, dem Verletzten und dem Richter.

„Verpflichtet also jemand sich als Bürge für eines andern Schuld" u. s. w.

unde wil de Börge nicht betalen u. s. w.

sei es, daß etwa ein Termin, bis zu welchem der Bürge sich verpflichtet hat, noch nicht abgelaufen, oder die Bürgschaft ohne Zeitbestimmung war, sei's, daß der Bürge gemahnt ist, der Hauptschuldner solvent oder insolvent, schon vom Gläubiger angesprochen, und zwar fruchtlos, oder nicht angesprochen u. s. w.

so mag de Gelöviger den Börgen anspreken u. s. w.

so kann der Gläubiger, in so fern er es nicht vorzieht, den Hauptschuldner zuerst zu belangen, den Bürgen gerichtlich verfolgen u. s. w.

alse vor andere Schuldt.

wie für eines Andern Schuld, die der Bürge durch seine Verpflichtung zu bezahlen hat. Der Gläubiger hat die Wahl, ob er den Bürgen oder den Hauptschuldner zuerst belangen will. Der Bürge haftet als correus debendi, nicht subsidiär.

ad §. 2. Wente wor ein Man vor lavet, dat schal he betalen u. s. w. [10]).

Hierin liegt in besonderer Anwendung auf die Bürgschaft der allgemeine germanische Grundsatz ausgesprochen, daß alle Verträge klagbar sind ohne bekräftigende Form.

ock mach sick nemandt van sinen Löffte affseggen [11]).

Was diese Worte sagen sollen, ist nicht ganz klar. Sollte damit dasselbe ausgedrückt werden, was die vorhergehenden Worte sagen, so läge darin ein hier nicht zu erwartender Pleonasmus. Die Bürgschaft wird geschlossen hauptsächlich zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, es kann aber und wird auch häufig nie Vereinbarung stattfinden zwischen diesem und dem Hauptschuldner. Wem soll nun aber der Bürge seine Verbindlichkeit nicht absagen?

Blüting in seiner Glosse antwortet hierauf: „Hierum kann der Bürge den Schuldmann nicht zu Dinge bringen und zum Gläubiger sagen: er wolle nicht länger vor ihm stehen." Allein dies würde sich von selbst verstehen. Der Bürge kann natürlich nicht beliebig zurücktreten von seiner Verbindlichkeit, wenn er nicht einen besondern Grund für sich hat, sei's etwa, daß er sich nur auf eine gewisse Zeit oder unter gewissen Be-

10) Blüting in seiner Glosse, der leider zu wenig Rücksicht nimmt auf den altdänischen Text, und überdies unser Gesetz aus dem gemeinen Rechte interpretirt, bemerkt, daß im art. 62. nicht allein von der Bürgschaft die Rede sei, sondern von einer jeden Zusage; allein im dänischen Texte steht nur borghae, welches gewiß keine allgemeine Bedeutung hat.

11) Der Zusatz: „He hebbe den vörhenne betalet, der he vör gelavet hedde", findet sich nicht im altdänischen Texte, und ist ein in den Text gerathenes Emblem. Einige Ausgaben haben noch ein „intellige" eingeschoben. Die Worte sind aus der hochdeutschen Uebersetzung von Krabbe von 1557 entlehnt.

bingungen verpflichtet, oder daß der Hauptschuldner ihm irgend eine rechtmäßige Veranlassung giebt u. s. w. Von einem speciellen Falle ist hier aber nicht die Rede, weil das Besondere hätte ausgedrückt werden müssen; und es ist auf der andern Seite nicht wahrscheinlich, daß man in einer Zeit, wo man nothdürftig nur das Wichtigste zu Papier brachte, bei der großen Kürze noch etwas sich von selbst Verstehendes sollte niedergeschrieben habe.

Von einer freien Aufkündigung von Seiten des Bürgen ehedem, welche durch unser Gesetz abgeschafft sein sollte, wissen wir nichts, wenigstens nicht dem Gläubiger gegenüber, und würde dieses auch gegen allgemeine Rechtsbegriffe verstoßen. Es kommt freilich im Danske Lov [12]) die Bemerkung vor, daß der Bürge dem Hauptschuldner zur Zahlung anhalten könne „naar hand til sannem lovligen sit Forløfte opsagt haver", wird aber zugleich gesagt, daß er, dem Creditor gegenüber, von seiner Verbindlichkeit nicht frei werde. Allein hierin liegt nichts Besonderes, und das Hauptgeschäft wird nicht afficirt.

Dagegen spricht das Eiderstädter Landrecht [13]) von einer freien Lossagung des Bürgen, obgleich das Gesetz eine römische Basis hat. Man muß mit Paulsen [14]) sich geneigt erklären, anzunehmen, daß der §. 9. einen besondern Inhalt des Bürgschaftsvertrages voraussetzt, oder auch dem Gesetzgeber eine Nachlässigkeit vorwerfen, die ihm anderweitig in demselben Gesetze nachzuweisen ist [15]).

Mag man nun die Worte erklären, wie man will, ich kann mich von einer Ansicht nicht lossagen, worauf mich hier

12) I, 23. §. 15.

13) III, 7. §. 9.

14) Lehrbuch des Privatrechts in d. Herzogthümern Schleswig und Holstein S. 215. N. 10. Neues staatsbürgl. Magazin Bd. 4. S. 913.

15) Ein auffallender Beweis von Nachlässigkeit ist der, daß in Th. II. art. 16. allgemeine Gütergemeinschaft aufgestellt wird und daneben das Dotalsystem. Dieses Versehen wurde von der Gesetzgebung später selbst eingesehen und der Widerspruch gehoben durch eine Verordnung v. 2. Dec. 1604. (Corp. stat. Slesv. I. p. 227.). Paulsen Lehrbuch S. 134. Anm. 1.

die Vergleichung des Sachsenspiegels geführt hat. Die Worte scheinen mir einen viel tiefern Sinn zu haben, sie enthalten das Gepräge einer alten processualischen Form. Im Sachsenspiegel [16]) heißt es:

„Wer etwas borget oder gelobet, der sol es gelten und was er thut, das sol er statt halten. Wil er es aber leugnen darnach, er erwehret sich das mit seinem Eide, wo er es vor Gericht nicht gethan hat. Was er aber vor Gericht thut, da sol der Man nicht umb schweren. Denn das überzeugt ihn der Sachwaldige wol mit zweien anderen mannen, und der Richter sol der dritte sein."

Es ist gesagt, daß, nach germanischem Rechte, alle Verträge klagbar wären ohne stipulatio. Wie aber dieser Grundsatz zu erklären, darüber stritt oder streitet man noch in der Theorie. Man berief sich auf den Ausspruch des canonischen Rechts [17]) „pacta sunt servanda", auf das Naturrecht, womit gar wenig gesagt ist, bis in neuerer Zeit Savigny und mit ihm Eichhorn [18]) eine andere Bahn gebrochen.

Bei der Verbindlichkeit der Verträge kommt es auf ein allgemeines Merkmal an, woran man die gerichtlich erzwingbare Verbindlichkeit erkennt. Bei den Römern gab es ein solches, die stipulatio, und es kam dabei nur auf den Beweis an, daß dasselbe im vorliegenden Falle vorhanden sei, also daß so gefragt und so geantwortet war. Bei den germanischen Völkerstämmen findet sich aber eine solche Form nicht, was mehr zufällig ist. Es ist daher natürlich, daß man den Beweis der Absicht, einen verbindlichen Vertrag abschließen zu wollen, sehr schärfte, weil man sonst der Willkür des Richters und parteiischer Zeugen zu viel überlassen mußte. Einen solchen Beweis ersetzte eine gerichtliche Abschließung des Vertrages und konnten Richter und zwei Zeugen (Schöffen) die wirkliche Uebereinkunft der Contrahenten vergewissern, so war von einem Lossagen nicht mehr die Rede, und es

16) I, 7.

17) cap. 1. 3. X. de pactis. cap. 13. X. de judiciis.

18) Eichhorn deutsch. Ptrecht S. 273. (4. Aufl.). Savigny Vorlesungen.

konnte gleich zu Zwangsmitteln geschritten werden. War dagegen ein Versprechen außergerichtlich gegeben und angenommen, so sollte man allerdings sein Wort halten (wente wor ein Man vor lavet, dat schal he betalen), welches eine allgemeine moralische Pflicht ist, wenn dasselbe ernstlich gegeben war. Ob dieses aber der Fall, wurde dem Beklagten ins Gewissen geschoben, denn Privatzeugen bewiesen nichts gegen ihn, d. h. der Beklagte schwor die Verbindlichkeit ab (affseggen) und er war frei. Der Beweis, der allein in einem Eide bestand und im deutschen wie nordischen Rechte damaliger Zeit dem Beklagten oblag, war ihm ein Vortheil und keine Last. War dieser geleistet, so hatte ein etwa abgeschlossener Vertrag gar keine Wirkung mehr. Die gerichtliche Abschließung, welche bei den wichtigsten Geschäften vorgenommen wurde [19]), bog diesem Beweise vor. Zu den wichtigeren Geschäften gehörte aber unstreitig die Bürgschaft, daher es in unserm art. 62. heißt: „nemandt mach sick van sinen Löffte affseggen", d. h. ein freies Läugnen, Abschwören der Verbindlichkeit konnte nicht stattfinden.

ad §. 3. Idt schölen överst hyr aver nene Näffninge schweren u. s. w.

Die Näffninge schworen und richteten hauptsächlich in Criminalsachen im peinlichen oder Landesgericht, hier aber waren sie nicht competent, daher die Bürgschaftssachen vor Hardesding und Hardesvogt verhandelt werden mußten.

denn dit is anders nicht als andere Schuldt.

denn die Schuld des Bürgen wird auf dieselbe processualische Weise vor Gericht verfolgt, wie eine andere Civilschuld, nur mit dem Unterschiede, daß die Bürgschaftsschuld nicht eine

---

19) Vergl. z. B. l. Rip. 59. c. 1. Si quis alteri aliquid vendiderit et emtor venditionis testamentum (d. h. das Zeugniß der Volksgemeinde) accipere voluerit, in mallo hoc facere debet, et pretium in praesente tradat et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur. — c. 2. Et si quis in posterum hoc refragrari vel falsare voluerit, a testibus convincatur etc. — c. 3. Quod de venditione conscripsimus, hoc et de donatione constituimus.

principale ist, über welche art. 61. handelte, sondern eine durch die Hauptschuld bedingte, accessorische.

Der wichtigste Punkt, den die Interpretation ergeben hat, ist der, daß der Bürge solidarisch mit dem Hauptschuldner haftet, nicht subsidiär 20). Freilich behauptet Burchardi 21) das Gegentheil, allein wie Paulsen 22) richtig bemerkt, liegt hier ein offenbarer Irrthum zum Grunde, denn Blüting, auf den der Hr. Verfasser sich beruft, vertheidigt in seiner Glosse zum art. 62. gerade unsere Meinung: „.... zu merken, daß der Bürge in diesem Rechte ist, wie ein anderer Selbstschuldner, und daß der Gläubiger nicht nöthig hat, erst den Principal-Schuldner zu mahnen, zu verfolgen, zu exequiren, wie in Kaiser-Rechten versehen."

Eine ganz neue und abweichende Meinung stellt Sarauw auf 23). Er giebt zu, daß die Bürgschaft des Lowbuchs nicht subsidiär, behauptet aber, daß sie kein accessorischer Contract sei 24). Von der Bürgschaft in Criminalsachen sei dies gewiß. Zur Zeit der Emanirung des Landrechts habe es aber sicherlich keinen Unterschied gemacht, ob man in einer Criminal- oder Civilsache sich verbürgte. So weit das Versprechen der Bürgschaft reiche, werde die obligatio (im ächt römischen Sinne) aufgehoben, die bis dahin zwischen dem ursprünglich Berechtigten und Verpflichteten bestand, da der Bürge in so weit des Beklagten Stelle einnehme. Der Berechtigte dürfe dasjenige, wofür er Bürgschaft annahm, nicht mehr von dem ursprünglich Verpflichteten, sondern nur vom Bürgen fordern, dem dagegen der Regreß an ersteren gegeben sei. Also enthalte die Bürgschaft des Landrechts ein wahres constitutum debiti alieni, und der Gläubiger dürfe sich ohne Weiteres an den Bürgen halten.

Aus diesem allem macht der Hr. Verfasser den Schluß, daß der Begriff der Bürgschaft nach jütschem Low absolut geworden

20) Paulsen Lehrbuch §. 119. Scholz Concursrecht S. 152.

21) Staatsbürgl. Magazin Bd. 4. S. 366.

22) Ebendas. S. 914.

23) Ebendas. Bd. 7. Heft 3. S. 552.

24) Vergl. unten §. 3 u. 4.

sei, und heutigen Tags im Gebiete unseres Gesetzbuches die Regeln des gemeinen Rechts zur Anwendung kommen müßten, in so weit kein gegentheiliger Gerichtsgebrauch nachgewiesen werden könne, weil eben der doctrinelle Begriff von Bürgschaft im Herzogthume Schleswig adoptirt worden, welches durch mehrere Verordnungen bestätigt werde [25]).

Daß der Ausdruck „Bürge, fidejussio" in sehr verschiedener Bedeutung genommen wird, wie Sarauw [26]) ausführt, kann nicht bezweifelt werden; für den eigentlichen Schuldner selbst kommen nicht selten sogar die Worte „selbst Bürge werden" vor [27]). Ist aber die Rede von dem Versprechen eines Dritten, für die Schuld eines Andern als Bürge haften zu wollen, so wird darunter immer nur eine cumulative Intercession verstanden. Wäre das Gegentheil ehedem der Fall gewesen, so müßten sich doch noch andere geschichtliche Zeugnisse darüber nachweisen lassen, als eben die nackten Worte des jütschen Low's, die auf jeden Fall nur gezwungen so interpretirt werden. Auch in anderen Rechts- und Gesetzbüchern derselben Zeit finden wir keine Spur davon. Die Zusammenstellung der Bürgschaft im jütschen Low, sowohl in Civil- als Criminalsachen, beruht, wie schon gesagt, auf processualischen Rücksichten, und überhaupt war eine logische Ordnung nicht zu erwarten. Dieselben Grundsätze können hier aber keineswegs obgewaltet haben. Eine Bürgschaft für einen der Flucht verdächtigen Verbrecher als psychologisches Zwangsmittel, um denselben an Ort und Stelle zu halten, ist doch, wenn man auf den Zweck derselben und auf die Absicht der contrahirenden Personen sieht, offenbar ein ganz anderes Geschäft. Entweicht der Verbrecher, so soll der Bürge alle durch das Verbrechen entstandene Schulden bezahlen, und noch dazu 40 Mark an den Bonden und 40 Mark an den König. Hierin liegt eine gesetzliche Strafe, so wie oftmals eine solche Bürgschaft sich charakterisirt als Conventionalstrafe. Von Strafe ist

25) Stempelpapier-Verordnungen v. 1. Mai 1703 (Corp. stat. Hols. I. p. 1317.), v. 1775 (§. 2. 16. 17.) und v. 1804 (§. 3 u. 4 ꝛc. vergl. Kammerschreiben vom 13. Febr. 1806.)

26) a. a. O. S. 553.

27) S. unten §. 3. Note 1.

aber in civilen Verhältnissen nie die Rede. Niemand kann auch hierin eine cumulative Intercession finden wollen, welches unser Gesetz auch im art. 64. deutlich ausspricht [28]).

Wenn aber der Verfasser die Bürgschaft des Lowbuchs eine privative Intercession, eine eigentliche novatio nennt, wonach der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber gänzlich liberirt wird, und gleich darauf dieselbe als ein wahres constitutum debiti alieni bezeichnet, so liegt darin ein directer Widerspruch, denn das const. deb. alieni ist ja eben eine cumulative Intercessionsart, welche mit der eigentlichen Bürgschaft unter denselben Gattungsbegriff gehört, nur in der Materie hauptsächlich abweicht.

Also der Begriff der Bürgschaft als cumulativer Hinzutritt eines Dritten war und ist derselbe, und weder Doctrin noch Gesetzgebung haben hierin etwas geändert.

Um nun auf die solidarische Haft des Bürgen zurückzukommen, so kann hierüber den Worten des Gesetzes nach kein begründeter Zweifel obwalten. Der art. 62. spricht freilich nur davon, daß der Bürge in Anspruch genommen werden solle, weil es sich eben nur um denselben handelt. Ueberflüssig mußte es natürlich dem Gesetzgeber erscheinen, hinzuzufügen „oder den Hauptschuldner", denn das verstand sich von selbst, während, wenn ein benef. ordinis dem Bürgen hätte zustehen sollen, dieses hätte ausgedrückt werden müssen. Ein geschichtlicher Beweis dafür ist ferner, daß alle älteren Rechts- und Gesetzbücher ächt germanischen Ursprungs denselben Grundsatz der solidarischen Haft des Bürgen enthalten [29]). Machen wir hier eine Vergleichung

---

28) „Welcker Man vor sick Börgen uthsettet, de is nemandt vor sine Dädt (darvör he Börgen gestellet hefft) tho antwerdende schüldich, alleine dem Manne, de syn Börge geworden is."

29) Z. B. Sachsensp. III, 85., dessen Worte mir nicht zweideutig sind; er drückt sich etwas explicativ aus. Lüb. Recht III, 5. art. 1 u. 2. Mittermaier deutsch. Privatrecht §. 203. Anm. 2. Savigny Gesch. des römisch. Rechts im Mittelalter Bd. II. cap. 7. Paulsen Lehrbuch §. 119. Eichhorn deutsch. Staats- u. Rechtsgesch. §. 70. widerstreitet diesem zum Theil und führt als Beleg für die subsidiäre Haft des Bürgen die l. Burgund. an, die aber bekanntlich eine römische Basis hat. Bemerkenswerth ist es, daß

mit dem römischen Rechte vor Justinian [30]), so findet sich wieder eine Uebereinstimmung. Man könnte fragen, ob die correale Haft des Bürgen neben dem Hauptschuldner die natürlichere Art sei, eben weil dieselbe in der Urentwickelung bei den verschiedenen Völkern als die erste erscheint? Wenn man auch diese Frage nicht unbedingt bejahen möchte, indem das Versprechen, für einen Andern zahlen zu wollen, falls von diesem nichts zu erlangen sei, eine fidejussio indemnitatis dem natürlichen Gefühle am meisten zu entsprechen scheint, so sieht man eben, daß die Idee der strengen Haft der Schuld auf der Person des Schuldners, als welcher der Bürge auch erscheint, in den ältesten sowohl römischen als germanischen Zeiten die Motive zur Correalität an die Hand mag gegeben haben. Mit dem Verschwinden jenes Grundsatzes mußte man auch sich geneigt fühlen, immer mehr und mehr die Lage des Bürgen zu verbessern. Davon zeugen bei der Fortbildung des römischen Rechts die Bestimmungen der lex Cornelia, Furia, Publilia [31]) und des benef. ordinis in Nov. IV. Im ältern deutschen Rechte stritt die Vermuthung für die correale Haft, dagegen später für die subsidiäre Verbindlichkeit, was darin auch seinen Grund haben mag, daß man in jener Zeit bei der Auslegung von Verträgen strenge auf die Worte sah, jetzt aber mehr die Absicht der Contrahenten berücksichtigt. So kam es denn auch, daß das justinianeische Recht den Vorzug erhielt, und sogar in mehreren

---

in Dänemark, wo das Danske Lov Christians V. allgemeines Gesetz ist, die Praxis ein benef. ordinis dem Bürgen zugesteht, obgleich das Gesetzbuch dasselbe nicht erwähnt. Das Danske Lov I, 23. ist, so wie im Allgemeinen, so auch hier als Tochter des jütschen Low's zu betrachten, nur daß mehrere Zusätze sich finden. Im art. 15. will Seidelin diss. de juribus fidejuss. Hafn. 1820. p. 8 u. 99. das benef. ordinis gesetzlich begründet finden, allein der Gesetzgeber spricht nur davon, daß der Bürge den Debitor mahnen könne, zu zahlen, von einer Vorausklage findet sich aber keine Andeutung. Demnach hat eine dänische Verordnung v. 14. Sept. 1813 §. 11. die Praxis gerechtfertigt und das benef. ordinis anerkannt.

30) Nov. 4. Die hier erwähnte lex antiqua wird gewiß nicht lange vor Justinian entstanden sein. Wir haben keine Spur davon.

31) Gaj. III, 121. 124. 127.

Statuten, die einer neuern Zeit angehören, namentlich da, wo römische Rechtsprincipien bei der Abfassung Einfluß hatten, dasjenige als Regel ausgesprochen ward, was Justinian nur auf dem Wege einer Einrede erreichte [32]).

§. 3.

Ueber den Bürgen als Selbstschuldner.

Es ist hier noch besonders eines Ausdrucks zu erwähnen, der den verschiedensten Ansichten unterliegt, und zu sonderbaren Irrungen Anlaß gegeben hat, ich meine die Verpflichtung des Bürgen „als Selbstschuldner" [1]).

Das römische Recht stellt bekanntlich mehrere Fälle auf, in welchen das benef. ordinis dem Bürgen nicht zu statten kommen soll, und ein Hauptfall ist der, wenn der Bürge auf diese Wohlthat verzichtet. Dadurch wird also derselbe in solidum obligirt und der Gläubiger kann ihn oder den Hauptschuldner beliebig belangen.

In den heutigen Bürgschaftsverschreibungen kömmt nun gewöhnlich die Clausel vor, daß der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet. Es frägt sich daher, was dieselbe bedeutet und bedeuten soll?

---

32) Auffallend ist es, daß das Ditmarsche Landrecht art. 47., das Eiderstädt. Landr. Th. III. art. 7. §. 1 u. 2., das Husumer Stadtr. Th. III. Tit. 5. §. 1., welche Statute sonst das römische Recht als Grundlage haben, dennoch den Bürgen solidarisch haften lassen. Offenbar hat hier die Gesetzgebung überwiegende Rücksicht genommen auf die gesetzlichen Bestimmungen des jütschen Low's.

1) Nicht zu verwechseln mit „Selbstschuldner" ist der Ausdruck „selbst Bürge werden." Dieser bezieht sich auf den Hauptschuldner, z. B. lüb. Recht 3, 1. art. 1: „zahlt er (der Hauptschuldner) alsdann nicht, so muß er bei Sonnenschein Bürgen stellen oder selbst Bürge werden", welchen Ausdruck Mevius in seinem Commentar zum lübschen Recht S. 477. richtig von der Incarceration des Schuldners versteht in Folge der älteren strengen Schuldverhältnisse. Dasselbe enthält das jüt. Low II, 104. und Danske Lov I, 23, 3., nur daß hier von der Bürgschaft bei Verbrechern die Rede ist, und das „selbst Bürge werden" sich bezieht auf eine vom Verbrecher zu bestellende Caution und in Ermangelung dieser auf Incarceration.

Viele, namentlich ältere Rechtslehrer [2]) gehen von der Ansicht aus, daß die Verpflichtung als Selbstschuldner eigentlich eine leere Floskel sei, und weiter nichts sage, als daß der Bürge sich für Alles verpflichte, wofür der Hauptschuldner hafte; der Bürge könne sich nämlich ja auch nur für einen Theil der Schuld verbindlich machen, blos etwa für das Capital, nicht für die Zinsen, Accessionen u. s. w., auf eine gewisse Zeit, unter bestimmten Bedingungen, und der Ausdruck „als Selbstschuldner" deute nur an, daß eben der Bürge sich schlechthin für den Hauptschuldner obligirt habe; eine Verzichtleistung auf das benef. ordinis könne keineswegs in diesen Worten liegen, da Verzichtleistungen nicht präsumirt werden dürften.

Andere dagegen [3]) erwiedern, daß man keinen Ausdruck als überflüssig und gleichgültig betrachten müsse, und da nun eine Verbürgung ohne diesen Zusatz geschehen könne und geschehe, so müsse man diesem auch Bedeutung und Zweck beilegen. Es lasse sich aber kein natürlicherer Sinn mit diesen Worten verbinden, als daß der Bürge dadurch völlig in gleicher Linie mit dem Hauptschuldner stehen wolle, also in solidum haften; es liege darin ein Verzicht auf die Vorausklage.

Für die letztere Meinung müssen wir uns nothwendig entscheiden, zumal da dieselbe mit der im Volke herrschenden Ansicht übereinstimmt, und damit dem Einwande, daß Verzichtleistungen nicht vermuthet werden dürften, hinlänglich begegnet wäre. Diese Volksansicht ist sogar in mehrere ältere und neuere Statute übergegangen, die eine römische Basis haben [4]), so z. B. wird im Friedrichstädter Stadtrechte gesagt, daß als Entsagung des benef. ordinis die Verbürgung „ofte Selfschul-

2) Lauterbach de benef. excuss. §. 22. Meyer colleg. jur. Argent. 46, 1. thes. 19. Mevius decis. p. IV. dec. 104. Cocceji jus controv. 46, 1. quaest. 13. Pütter's Rechtsfälle Th. 3. p. 80. Puffendorf observ. juris Tom. II. observ. 43. Hellfeld jurispr. forens. §. 1917.

3) Voet ad Digesta 46, 1. §. 16. Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. N. 40. Hofacker princ. juris §. 2036. Thibaut Pand. §. 609. Schweppe röm. Privatr. §. 511. Wening-Ingenheim Civilrecht §. 360. Mittermaier deutsch. Ptrecht §. 203.

4) Mittermaier a. a. O. Note 2.

dige" gelten solle. Das Reichskammergericht hat hierin auch eine Verpflichtung in solidum gefunden [5]). Wenn aber neben dem Ausdruck „als Selbstschuldner" noch die Worte vorkommen „und unter Verzicht auf die Vorausklage", so ist das eine gewöhnliche pleonastische Wendung.

So steht es im Gebiete des römischen Rechts. Treten wir aber über die Gränze, z. B. ins Gebiet des jütschen Low's, wo gesetzlich kein benef. ordinis gegeben ist, so finden wir im täglichen Leben eben so häufig jene Clausel in den Bürgschaftsverschreibungen, und da dieselbe hier nicht ein Verzicht auf die Vorausklage sein kann, weil das Rechtsmittel weder gesetzlich existirt, noch von der Praxis zugelassen wird, so entsteht die Frage, woher dieselbe entstanden und welche Bedeutung derselben beizulegen sei?

Man hat sich hier in der Praxis ebenfalls auf die obige Regel der Hermeneutik berufen, daß bei der Auslegung von Verträgen kein Wort als überflüssig betrachtet werden dürfe, und da man hierin kein Verzicht auf die exceptio excussionis finden konnte, so gerieth man auf die falsche Meinung, daß durch die Verpflichtung „als Selbstschuldner" der Bürge seine accessorische Qualität verliere, und von da an eine principale Verbindlichkeit beginne, mit anderen Worten, daß der Bürge aufhöre Bürge zu sein. Zur Unterstützung dieser Meinung beruft man sich auch wohl auf die Rechtsparömie „den Bürgen soll man würgen."

Gewiß muß man die obige Interpretationsregel für durchaus richtig und nothwendig erklären; allein hier ist zu erwägen, daß in schriftlichen Contracten und Verschreibungen eine übertriebene Aengstlichkeit und Sorge, sich möglichst sicher zu stellen, die bittere Erfahrungen mögen erzeugt haben, so viele überflüssige und gleichbedeutende Clauseln hervorgerufen, daß denselben oftmals keine einzelne bestimmte und specifisch verschiedene Bedeutung mehr beigelegt werden kann, sei's, daß dieselben gar keinen Sinn mehr haben, weil das, wogegen verwahrt werden soll, gesetzlich nicht mehr existirt, sei's, daß für einen schon ge-

5) Mevius decis. p. 9. decis. 186. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. 1. n. 89. §. 2.

nügenden Ausdruck mehrere gebraucht sind, oft sogar verbunden durch ein „Und", welches ein des täglichen Verkehrs nicht kundiger Interpret leicht disjunctiv verstehen und so in bedeutende Schwierigkeiten gerathen würde. Wissen wir doch, daß, wenn auch gegen gewisse Redensarten sogar gesetzliche Verböte ergangen und für völlig nichtssagend erklärt sind, dieselben sich dennoch vermöge eines stereotypen Formalismus immer in den Urkunden wiederholen, man nehme nur z. B. den häufig vorkommenden Satz: „insonderheit verzichte ich auf die Einrede, daß ein allgemeiner Verzicht nicht bindend sei, wenn nicht ein specieller vorhergegangen", um dem gesetzlichen Verbote eines allgemeinen Verzichts zu entgehen. Aehnlich verhält es sich mit dem Verbürgen „als Selbstschuldner." Diese Clausel ist im Volke selbst entstanden, und zwar mit einer bestimmten Bedeutung zuerst im Gebiete des römischen Rechts. Wie leicht geschah es aber nicht, daß namentlich da, wo die Gültigkeit des römischen und anderer Rechte sich trennte, eben durch die Nähe und den täglichen Verkehr eine solche Redensart die Gränze überschritt und unbewußt, oder auch wenn man die Bedeutung wohl kannte, doch eventuell als nicht überflüssig ansah, in die praktische Schreibart überging und sich nach und nach weiter verbreitete, ja gänzlich einbürgerte. Wenn man aber derselben die Wirkung beilegt, daß der Bürge dadurch in ein principales Schuldverhältniß geräth, obgleich die Statute bestimmt genug unterscheiden zwischen principalem Schuldner und Selbstschuldner, zwischen Selbstschuldner und dem rechten Selbstschuldner 6), welches letztere den eigentlichen Debitor bezeichnen soll, so ist das eine totale Revolution in den Begriffen. Der Bürgschaft bleibt immer die accessorische Qualität, und der Bürge tritt nie als solcher in ein principales Schuldverhältniß. Die Rechtsparömie: „den Bürgen soll man würgen", deutet lediglich nur hin auf die correale Haft und auf die aus dieser Haft hervorgehende mißliche Lage des Bürgen.

Das Resultat nun ist, daß im Gebiete des jütschen Low's der etwa von Holstein eingewanderte Ausdruck „als Selbstschuldner" keine besondere Bedeutung hat und nichts weiter sagt, als

6) Eiderstädt. Landrecht 3, 7. §. 1.

eben die solidarische Verbindlichkeit des Bürgen. Es ist daher gewiß nicht zu billigen, wenn sowohl die Gesetzgebung als die wissenschaftlichen Bearbeiter des vaterländischen Rechts sich dieses Ausdrucks bedienen, da er nur zu Irrungen Anlaß geben kann und schon gegeben hat.

§. 4.

Wirkungen der accessorischen Natur der Bürgschaft.

Es ist schon im Allgemeinen gesprochen von der accessorischen Natur der Bürgschaft. Hier bleibt nur noch übrig, einige besondere Folgerungen zu machen.

Zuvörderst setzt die Bürgschaft zu ihrer Entstehung nothwendig eine Schuld voraus, denn wo diese nicht ist, kann jene nicht entstehen. Hat daher der Bürge selbst wissentlich für eine Nichtschuld, d. h. die wirklich nicht existirt oder gänzlich reprobirt ist, sich verpflichtet, so wird er doch nicht obligirt. Aus eben demselben Grunde kann dieselbe nicht auf mehr gehen, als worauf die Hauptschuld gerichtet ist, weder in Rücksicht des Objects, noch im Allgemeinen in der Art der Leistung, dagegen wäre ein minus in dem plus enthalten [1]). Aber selbst wenn die Hauptschuld besteht, der gerichtlichen Verfolgung derselben jedoch Hindernisse im Wege stehen, muß man als Regel aufstellen, daß gegen den Bürgen nur diejenige Art der Rechtsverfolgung stattfinden kann, worauf die gerichtliche Wirksamkeit gegen den

---

1) Alle diese, so wie mehrere der folgenden Grundsätze müssen ganz mit dem, was das römische Recht hierüber uns lehrt (cf. l. 46. D. de fidejuss. Gaj. III, 126.), übereinstimmen, weil sie aus dem Begriffe der Bürgschaft selbst folgen, und in so fern das römische Recht auch da, wo es keine unmittelbare Gültigkeit hat, doch als ratio scripta in Betracht kommen muß. Freilich kommen Abweichungen hiervon im römischen Rechte vor, die aber eine Folge besonderer Verhältnisse sind; so z. B. erklärt sich, daß, wenn die fidejussio auf mehr gerichtet ist, als was die Hauptschuld enthält, jene ganz ungültig ist, aus dem Wesen des stricti juris negotii, während heutzutage die Bürgschaft bis auf den Betrag der Hauptschuld bestehen bleibt.

Hauptschuldner selbst eingeschränkt ist. Geht man hierüber hinaus, so entstehen Abnormitäten [2]).

Wie aber die Bürgschaft in ihrer Entstehung bedingt ist durch das Dasein einer Schuld, so fällt dieselbe auch weg mit dem gänzlichen Aufhören der Schuld. Verschieden von diesem Verschwinden der Bürgschaft (ipso jure) sind die Fälle, wo strenge genommen die Obligation noch bestehen bleibt, aber der Bürge sich schützt durch Einreden (ope exceptionis), die er sowohl aus eigner als aus der Person des Schuldners entnehmen kann vermöge des accessorischen Schuldverhältnisses, wobei jedoch im Einzelnen viel Streit obwaltet [3]).

Ein anderer Gesichtspunkt tritt ein, wo der Bürge eine Einrede erhält, nicht als Folge der accessorischen Qualität seiner Verbindlichkeit, sondern aus der Person des Gläubigers, indem dieser ihm für jede culpa verantwortlich ist, wodurch dem Bürgen die Klageaccession, so wie überhaupt der Regreß gegen den Hauptschuldner geschmälert wird, z. B. durch verschuldete Präclusion im Concurse mit einer der Priorität nach guten Forderung. Denn, wenn auch trotz der Präclusion die Forderung nicht erlöscht, so ist der Gläubiger doch, wenn auch der Bürge als correus debendi haftet, verpflichtet, zum Besten des Bürgen im Concurse sich zu melden, damit etwa derselbe, wenn er gezahlt hat, aus der Concursmasse sich befriedigen lassen kann. Es liegt in diesem Anmelden im Concurse von Seiten des Gläubigers nicht etwa eine Vorausklage, sondern es ist lediglich ein Sicherungsmittel [4]).

2) Diese Regel erkennt das römische Recht auch an. Für den also, welcher sich für eine obligatio naturalis verbürgt, oder für einen impubes, prodigus, filiusf. etc., unbekannt mit diesen Umständen, entsteht immer nur eine naturalis obligatio und keine härtere, als die des Hauptschuldners ist. In so fern aber der Bürge die Beschaffenheit der obligatio kannte, sieht das römische Recht darin einen Verzicht auf die dem Schuldner also auch dem Bürgen zustehenden Einreden, oder auch eine intercessio donandi animo. Weber natürl. Verbindlichkeiten §. 114 u. f. w. l. 13. D. de minoribus. l. 25. D. de fidejuss. l. 9. §. 3. D. ad SCt. Maced. l. 37. D. de fidejuss.

3) Weber a. a. O.

4) Brinkmann Rechtskunde S. 268. Weber a. a. O. §. 115. Schmid de fidej. plane non oblig. §. 20. 224.

Es ist noch übrig, ausführlicher zu berühren, welche Wirkung der Ausbruch eines Universalconcurses beim Hauptschuldner auf das Bestehen der Bürgschaft hat?

Durch das decretum de aperiundo concursu, oder wie man fälschlich sich ausdrückt, durch den Ausbruch des formellen Concurses hört der Schuldner nicht auf, Eigenthümer seines Vermögens zu sein, sondern er wird nur exmittirt, und ihm die Disposition untersagt. Er erscheint fortan als Gemeinschuldner, aber auch als Schuldner im Einzelnen, daher die einzelnen Schuldpöste bestehen bleiben, und die diesen folgenden Bürgschaften, nur daß das gerichtliche Verfahren zur Befriedigung der Gläubiger, die sich gemeldet haben, nach Maaßgabe der Priorität das separate Klagen der Gläubiger sistirt. Aeltere Rechtslehrer [5]) haben freilich behauptet, daß die Gesammtheit der Concursgläubiger, wie bei der ältern römischen bonorum venditio der bonorum emtor, in universitatem succediren, allein diese Ansicht ist gleich dadurch widerlegt, daß die Forderungen der Gläubiger durch Confusion erlöschen würden, der Gemeinschuldner also für immer liberirt wäre und mit ihm die Bürgen, da es doch anerkannten Rechtens ist, daß die im Concurse nicht befriedigten oder präcludirten Gläubiger immer noch ihre Forderung gegen den Schuldner behalten, so daß, im Falle dieser später wieder Vermögen erwirbt, jene ihre Befriedigung verlangen können, wovon das benef. cessionis bonorum, wo es gilt, nur eine Beschränkung macht auf das id, quod facere potest. Freilich scheint dieser Grundsatz früher in Schleswig und Holstein nicht anerkannt gewesen zu sein, wie Scholz [6]) bemerkt, da man die Gläubiger im Concurse sub poena praeclusi et perpetui silentii peremtorisch lud, ein Verfahren, welches auf keine Weise nach dem Wesen des heutigen Concurses gerechtfertigt werden kann, daher auch später von der Gesetzgebung verworfen und der richtige Grundsatz anerkannt ist [7]).

Wenn also der Ausbruch des Concurses nicht die Wirkung hat, daß die einzelnen Schulden, auch wenn sie vermöge der

5) Hommel rhaps. observ. 193. Leyser med. spec. 220 etc.

6) Concursrecht S. 52.

7) Circularverfügung für die Herzogthümer Schleswig und Holstein vom 28sten Apr. und 1sten Juni 1827.

Location nicht getilgt, ja selbst wenn sie präcludirt sind, völlig erlöschen, sondern bestehen, so ist einleuchtend, daß die Bürgschaften auch in Kraft bleiben.

Hierbei ist es nun im Allgemeinen gleichgültig, ob der Schuldner lebt oder gestorben ist, aber eine strenge Consequenz führt doch zu verschiedenen Resultaten, daher wir zwei Fälle unterscheiden wollen.

Der erste Fall, der nämlich, wo der Schuldner noch nach dem Concurse lebt, macht keine Schwierigkeiten. Eine Schuld setzt einen Schuldner voraus. Dieser ist ja vorhanden, daher auch der Bürge für diese Schuld verpflichtet bleibt. Der zweite Fall ist der, daß der Schuldner vor oder während des Concurses stirbt.

Vermöge der Grundsätze einer Universalsuccession gehen alle Verbindlichkeiten und Rechte des Erblassers auf den Erben über; der Erbe repräsentirt die Person des Erblassers, wird also auch der Schuldner. Demnach tritt keine wesentliche Veränderung ein, weder da, wo der Erbe gleich mit dem Tode erwirbt, noch da, wo zwischen Anfall und Erwerb der Erbschaft unterschieden wird. Denn wenn auch vor dem Antritte der Erbschaft der Erbe noch keine Verbindlichkeit übernommen hat, so repräsentirt die Masse (hereditas jacens) den Erblasser, erscheint als eine moralische Person, und als solche ist sie auch Schuldnerin, der die Bürgen folgen müssen [8]).

Gesetzt aber, der Schuldner stirbt, die Erben schlagen die Erbschaft aus oder bedienen sich des benef. abstinendi, und die Erbschaft geht auf Andringen mehrerer Gläubiger in eine Concursmasse über. Dadurch hört die Rechtspersönlichkeit der Erbmasse nicht auf, sondern es tritt nur ein eigenthümliches gerichtliches Verfahren ein. Wird aber die Masse distribuirt und die einzelnen Theile derselben sind durch Singularsuccession auf die einzelnen Gläubiger übergegangen, so verschwindet der Begriff der Erbmasse in ihrer Realität und in der Fiction ihrer Rechts-

8) Wollte man aber jene Fiction der Rechtspersönlichkeit einer hereditas jacens hier nicht anerkennen, so wäre die Folge davon, daß die Masse bonum vacans würde und mit dem Tode des Erblassers gleich alle Schulden wegfallen müßten, in so fern nicht eine andere Succession eintritt, wie z. B. die des fiscus.

persönlichkeit, und die etwa nicht befriedigten oder präcludirten Gläubiger haben troß der oben entwickelten Grundsätze ihre Forderungen gänzlich verloren, weil kein Schuldner mehr vorhanden ist.

Die Bürgschaft setzt eine Hauptschuld voraus, da diese aber im erwähnten Falle weggefallen, so ist auch der Bürge liberirt worden vermöge der accessorischen Natur seiner Verbindlichkeit. Der Gläubiger kann sich also hier, wenn er versäumt hat, vor dem Wegfallen der Forderung den Bürgen in Anspruch zu nehmen, was ihm z. B. im Gebiete des jütschen Low's freistand, auf keinen Fall an den ehemaligen Bürgen halten.

Man könnte aber fragen, ob die Distribution der Masse der Zeitpunkt sei, wo die nicht getilgten Forderungen gänzlich erlöschen, oder ob es nicht richtiger sei, den Moment anzunehmen, wo factisch die Masse schon nicht hinreichend war, um alle Gläubiger zu befriedigen. Allein, abgesehen davon, daß die Zeit des Eintritts der Insolvenz schwer zu ermitteln und meistens schon bei Lebzeiten des Schuldners erfolgt ist, und vor dem Locationsurtheile man wenigstens juristisch nicht weiß, wer zuerst befriedigt werden soll, so wird eben durch den öffentlichen Act des Distributionsbescheides selbst die Rechtspersönlichkeit der Masse erst aufgehoben.

Aber auch bei den präcludirten Forderungen ist zu erinnern, daß vor Beendigung des Concurses und der Distribution die unzulängliche Concursmasse noch anderweitig Vermögen erwerben könnte, z. B. eine Erbschaft, welches aber durch die Vertheilung der Masse unmöglich gemacht wird.

Es läßt sich nun freilich nicht läugnen, daß diese Consequenzen zu eigenthümlichen Resultaten führen und es von großer Zufälligkeit abhängt, ob der Bürge bezahlen muß oder nicht, allein dergleichen ist nicht selten im Rechte der Fall. Wenn man aber mit der Praxis behaupten wollte, daß troß des Wegfallens der Schuld der Gläubiger hier den Bürgen dennoch belangen könne, sich etwa berufend auf die angeführte Rechtsparömie, „den Bürgen soll man würgen", worin man, wie bemerkt, gegen den Begriff der Bürgschaft eine principale Verbindlichkeit des Bürgen finden will, so ist das eine totale Verwirrung in den Begriffen und ein offenbarer Krieg gegen die

Logik. Will man aber auf Billigkeit sich berufen und so den Bürgen haften lassen, so ist darauf zu antworten, daß nach Billigkeit hier nicht entschieden werden könne, denn auf diese Weise würde jeder Rechtszustand unsicher werden und jede logische Consequenz weichen müssen. Es darf hier nur vom strengen Rechte die Rede sein, und es möchte sich doch noch sehr fragen, was billiger sei, dem Gläubiger den Verlust aufzulegen, oder dem Bürgen, der ja keinen Regreß nehmen kann, weil kein Hauptschuldner existirt. Man möchte doch eingedenk der Worte Sirach's [9]):

„Ein frommer man wird bürge für seinen nächsten u. s. w.
Bürge werden hat viel reiche leute verderbet und hin und her geworfen, wie die wellen im meer."

für den Bürgen geneigt sich erklären, so wie im Gange der Geschichte die Gesetzgebungen auch bestrebt gewesen, immer mehr und mehr die Lage desselben zu verbessern.

9) Cap. 29. V. 17 u. 21.

Halle,
Druck der Gebauer-Schwetschkeschen
Buchdruckerei.

Zeitschrift

für

deutsches Recht

und

deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

Dr. A. L. Reyscher,
Professor der Rechte in Tübingen,

und

Dr. W. E. Wilda,
Professor der Rechte in Halle.

Zweiter Band.

Leipzig, 1839.
Verlag von Otto Wigand.

Hannöversche Verfassungsfragen*)

beantwortet

von

Reyscher.

I. Sind die ständischen Rechte neu oder alt?

§. 1. Einleitung.

Obige Frage ist in Folge der Vorfälle im Königreiche Hannover wiedergekehrt, wo das Staatsgrundgesetz vom 26. September 1833 der allgemeinen Ständeversammlung gewisse Befugnisse eingeräumt hatte, in deren Ertheilung die königlichen Patente vom 5. Juli und 1. November 1837 eine Verletzung der agnatischen und Regierungsrechte erblickten. Auch sonst ist schon mehrfach die Besorgniß geäußert worden, als ob durch die ständischen Verfassungen, welche seit diesem Jahrhundert in einzelnen deutschen Staaten eingeführt worden, dem Volke ein ungebührlicher, das Ansehen und die Macht der Fürsten lähmender, Einfluß gegeben sei. Unbeschränkt sind die deutschen Regierungen niemals gewesen. Auch in dem Begriffe der Souverainetät, welche sie erlangten, liegt nicht

*) Veranlassung zu diesen Aufsätzen gab ein Gutachten, welches die tübinger Juristen-Facultät auf Ansuchen der Stadt Osnabrück über mehrere Rechtsfragen zu ertheilen hatte. Die juristischen Deductionen, welche das Responsum für den concreten praktischen Zweck enthält, sind hier für das wissenschaftliche Bedürfniß anders geordnet und zum Theil, namentlich mit Rücksicht auf die neuesten Cabinets-Erklärungen, weiter ausgeführt worden.

die Idee der Despotie, wie das hannöversche Votum auf dem wiener Congresse vom 21. Oct. 1814[1]) bemerkte. „Der König von Großbritannien (heißt es hier) ist unläugbar ebenso souverain, als jeder andere Fürst in Europa, und die Freiheiten seines Volks befestigen seinen Thron, anstatt ihn zu untergraben."

Zwar fehlte es schon zur Zeit des deutschen Reichs nicht an sogen. „Hofpublicisten", welche die ständischen Rechte zu verkleinern suchten, und, wie auch jetzt wieder von anonymen Schriftstellern geschieht[2]), behaupteten, daß die Landstände die meisten Befugnisse, welche sie besitzen, den Fürsten entrissen oder doch blos der Gnade derselben zu verdanken haben, und daß daher die Vermuthung wider die ständische Mitwirkung bei Regierungsrechten sei. Schon damals sprachen sich jedoch die angesehensten Rechtslehrer gegen diese Ansicht aus, indem sie zu beweisen suchten, daß die ständischen Rechte nicht neu, sondern alt, und keine besonderen, sondern solche Freiheiten seien, welche der Regel nach überall in Deutschland vorkommen[3]). Diese Ansicht möchte noch jetzt in Ansehung der meisten ständischen Rechte die richtige sein.

§. 6. Von den ständischen Vereinen überhaupt, insbesondere dem Vertretungsrechte.

Das Eigenthümliche der sogen. landständischen Verfassung liegt nicht in dem Vorhandensein von Ständen (status) — denn diese gab es immerdar und giebt es auch in Willkür-Herrschaften, — noch in dem Vorhandensein von ständischen Rechten — denn die Gemeinschaft gewisser Rechte und Pflichten ist es gerade, was das

1) Acten des wiener Congresses von Klüber, Bd. I. S. 67.

2) Bemerkungen über die ältere ständische Verfassung in Hessen. Berlin 1836.

3) De Lynker, Consilia seu Responsa, Vol. I. resp. 55. Nr. 122. 124. — De Ludolf, Symphorema Consultatt. forens., tom. I. symph. I. cons. 6. p. 156. — De Ludolf, de jure foeminarum illustr. P. I. §. 27. p. 111. Not. f. — J. H. Böhmer, Consultatt. et Decis., Vol. II. cons. 1. Nr. 24. 40. — D. G. Strube, de Statuum prov. origine et praec. juribus, in seinen Obs. Nr. IV. — Pütter, Vom Ursprunge der Landeshoheit und der Landstände, in s. Beitr. zum deutschen Staats- und Fürstenr., Th. I. Nr. VI. — Häberlin, Handb. des deutschen Staatsrechts, Bd. II. S. 29.

Merkmal eines Standes ausmacht, und diese Rechte waren um so größer, je weiter wir in der deutschen Geschichte zurückgehen, indem nur ein Theil der alten Volksfreiheit in den späteren Landesvereinen erhalten wurde, — noch endlich in dem Begriffe von Landständen (status s. ordines terrae) d. h. einzelner Personen oder Genossenschaften, welche ein Recht darauf haben, in Landessachen gefragt zu werden, welches Recht sie auch einzeln ausüben konnten, sondern in der Verbindung dieser Stände zu einer landständischen Corporation. Allein auch diese Verbindung, welche übrigens gewisse ständische Rechte bereits voraussetzte, deren Ausübung und Aufrechterhaltung sie zum Zweck hatte, kam fast überall zu Stande, namentlich da, wo die Stände entweder vielfach um ihre Unterstützung angegangen oder in ihren Rechten und Freiheiten bedroht wurden; und nur da, wo keine dieser Anregungen Statt hatte, oder in kurzer Zeit sich öfter wiederholte, blieb die ständische Verfassung unentwickelt, wiewohl die Elemente derselben auch dort vorhanden waren, wie z. B. in Oldenburg [1]).

Die Zusammensetzung dieses landständischen Corpus war nun freilich nicht ganz auf dieselbe Weise beschaffen, wie die der heutigen Ständeversammlungen, noch war der Grundsatz der allgemeinen Landesvertretung schon ursprünglich dabei angenommen. Die Landschaft, welche gewöhnlich mit den Prälaten und der Ritterschaft jenes Corpus bildete, ward in der Regel nur dargestellt durch die Abgeordneten der Städte, weil nur diese die alte Freiheit behauptet hatten; und nur ausnahmsweise nahmen auch die Bauern Theil an der Landstandschaft, z. B. in Ostfriesland. Wiewohl nun die Verordneten der Landschaft nicht als Bevollmächtigte des ganzen Landes, sondern nur der betreffenden Gemeinden erschienen, und daher blos für diese und aus ihrem besonderen Auftrage handeln, nicht aber ihre Bewilligungen auch auf andere freie Landsassen sich erstrecken konnten [2]), so wurde doch, nachdem die Landesgemeinde sich mehr und mehr befestigt hatte, den ständischen Beschlüssen nach erhaltener landesherrlicher Genehmigung eine allgemeine Wirksamkeit gegeben, und so gewöhnte man sich

1) C. L. Runde, Patriotische Phantasieen. Oldenburg 1836. Nr. X.

2) Posse, Ueber das Staatseigenthum und das Staatsrepräsentationsrecht, S. 173 ff. 200 ff.

in der Praxis allmälig daran, den vereinigten Landständen einen landesrepräsentativen Charakter beizulegen, dessen Wesen darin bestand, nicht blos für sich und die besonders vertretenen, sondern auch für die nicht erschienenen oder nicht besonders repräsentirten Stände Pflichten zu übernehmen, namentlich Steuern zu bewilligen, unabhängig von einer durch dieselben ertheilten besonderen Vollmacht [1]).

Konnten aber die landständischen Körperschaften für das repräsentirte Land Verbindlichkeiten eingehen, so mußten sie auch Rechte für dasselbe zu erwerben im Stande sein.

Gesetzt nun auch die wichtigsten landständischen Rechte hätten sich nicht aus den alten Rechten der Stände von selbst ergeben, sondern wären erst neu von dem Landesherrn den ständischen Vereinen verliehen worden, so ist dies doch im Zweifel nicht ad bene placitum, sondern unwiderruflich geschehen; denn auch Privilegien, in welcher Form gewöhnlich die alten und neuen Rechte anerkannt wurden, dürfen nicht geradezu zurückgenommen werden, am wenigsten landständische Privilegien, wofür die Reichsgerichte früher Schutz ertheilten, wie noch jetzt die deutsche Bundesversammlung sie zu schützen berufen ist [2]).

In der That wurden diese landständischen Vereine jetzt bei wichtigen Angelegenheiten, welche entweder Herr und Land gemeinschaftlich oder nur einen der beiden Theile angingen, häufig ins Mitthun und Mitleiden gezogen; und nach dem Grundsatze, daß derjenige, welcher nicht mit zu rathen, auch nicht mit zu thaten hatte, war jene Concurrenz für den Landesherrn von großer Bedeutung. Insbesondere wurden jene Vereine von ihm benutzt, um eine gemeinschaftliche Uebernahme neuer Hülfen oder

1) Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 716. — Jacobi, Auflösung einiger Zweifel über das Alter und das Repräsentationsrecht deutscher Landstände. Hann. 1798. S. 76 f. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 44. — Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Theil II. §. 425. 547., welcher zwar nicht obigen Begriff der Landesrepräsentation, wohl aber das daraus herzuleitende Recht der Stände geschichtlich annimmt.

2) Eichhorn, Betrachtungen über die Verfassung des deutschen Bundes, S. 69 f.

Steuern von ihnen zu erlangen, wegen welcher er sonst jeden einzelnen Stand für sich hätte angehen müssen, da ein freier Landsasse und daher auch eine Corporation von Freien nur freiwillige Abgaben an den Landesherrn zu leisten hatte [1]). Oder es traten die Stände, wozu sie nach dem erst später beschränkten [2]) Associationsrechte aller Freien im Mittelalter allerdings befugt waren, von selbst zusammen, um sich gegenseitig zur Handhabung ihrer Rechte und Freiheiten zu verhelfen und sich derselben namentlich dem Landesherrn gegenüber zu versichern.

§. 3. Von den hannöverschen Provinzial-Ständen insbesondere.

Alles dieses gilt insbesondere auch von den hannöverschen Provinzen. Die Stände, welche anderwärts vorkamen (Stifter und Klöster, Ritterschaft, Städte), trifft man auch hier, und wenn schon sich nicht mit Selchow (Braunschweigisch-lüneburgisches Privatrecht. S. 157) behaupten läßt, daß es niemals leibeigene Bauern in den braunschweig-lüneburgischen Landen gegeben habe [3]), so war doch außer dem Adel und der Geistlichkeit nicht blos ein sehr geehrter und einflußreicher Stand von Bürgern (burgenses) in den Städten, sondern auch eine Anzahl freier Grundeigenthümer in den Dörfern zu finden, welche so wenig als jene zu gezwungenen Diensten und Abgaben verpflichtet gehalten wurden [4]). Wie wichtig namentlich der Einfluß der Städte in früherer Zeit gewesen, zeigte sich im lüneburgischen Erbschaftskriege, welcher hauptsächlich unter ihrer Mitwirkung geschlichtet wurde. Die wichtigsten Städte des heutigen Hannovers, namentlich: Hannover, Hameln, Göttingen, Kalenberg, Nordheim, Hildesheim, Osnabrück, Goslar, Stade, Münden, Helm-

---

1) Sächs. Landrecht, Buch III. Art. 91. §. 3.

2) Zickler, Das Associationsrecht der Staatsbürger. Lpz. 1834. S. 87 f.

3) Eichhorn, St.- u. R.-Gesch., §. 448. Note e.

4) Vgl. Uelzner Abschied v. 24. Nov. 1576, bei Jacobi I. S. 285 oben: „ob durch diese, der Geistlichen und Ritterschaft, auch der Freyen, Flecken und Leuthen („die sonsten zu der gemeinen Contribution zu des Landes Nöthen gefreyet sein")" ꝛc. Es sollen auch die Freye Flecken und Leuthe ꝛc.

städt, Eimbeck, Burtehude waren zugleich Mitglieder des hanseatischen Bundes [1]). An die Entwickelung der damaligen Verhältnisse, welche der Ausbildung der Landeshoheit, aber auch der Ausbildung der landständischen Verfassung besonders günstig gewesen, knüpfte sich die unter dem Namen Saate oder Satzung bekannte Einigung der braunschweig-lüneburgischen Landstände mit den Herzögen Bernhard und Heinrich vom 21. Sept. 1392 [2]), von welcher Spittler [3]) sagt, daß sie tiefer in's Innere der ganzen Verfassung hineingegangen als die magna Charta der Engländer. Der Form nach war diese Saate nichts Anderes, als ein Vertrag, wie er oft genug zwischen Landesherren und Ständen im Mittelalter geschlossen wurde, ohne daß man darum nöthig hätte, in solchem angeblichen Uebergang der alten Patrimonial- in die neue Rechtsstaats-Verfassung eine neu angehende Epoche der Staatsgeschichte zu erblicken. Aber wichtig ist der Saate-Brief, abgesehen von den in ihm getroffenen, vorübergehenden Einrichtungen [4]), zur Aufrechthaltung des Landfriedens hauptsächlich darum, weil hier die 3 Stände: Papheit (Geistlichkeit), Mannschaft (Ritterschaft) und Städte (Rathleute und Bürger) sich das erste Mal fester verbanden und unter anderen Rechten auch das der freien Einigung von dem Landesherrn anerkennen ließen. Ritterschaft, Rathleute und Bürger sollten nämlich mit ihren Schlössern und Städten zusammenhalten dürfen, wenn der Landesherr dem Vertrage keine Folge leiste, und keinem neuen Landesherrn gehuldigt werden, er habe denn die Saate beschworen. Fast wichtiger noch als die Saate ist ein unter demselben Tage ausgefertigter Freiheitsbrief [5]), worin die Herzöge insbesondere versprachen, weder Bede noch Schatzung auf die Untersassen und deren Güter zu legen, außer auf die eigenen Maier und Leute der Landesherrschaft.

1) Spittler, Geschichte Hannovers. Bd. VI. S. 50. — Hüne, Gesch. Hannovers. I. S. 483.

2) Bei Jacobi a. a. O. S. 22 ff.

3) Gesch. Hannovers, Bd. IV. S. 55.

4) Förmlich verzichtet wurde auf die Saate von der gesammten Landschaft i. J. 1519. Schmidt, Cod. dipl. Vorr. S. 87—90.

5) Jacobi a. a. O. I. S. 45.

So wie Spittler (a. a. O. S. 51 f.) die Sache darstellt, sollte man meinen, als ob erst in dem Erbschaftskriege (1369—1388) und der unmittelbar darauf gefolgten Handfeste vom 15ten July 1388 [1]) sich die lüneburgischen Stände diese und andere Freiheiten erkämpft hätten; allein die Rechte selbst waren schon vor der Vereinigung meist da; wir wollen nicht bis zum Jahr 1281 zurückgehen, wo Herzog Otto der Strenge im entscheidenden Augenblicke, da er dem Feinde gegenüberstand, sich der Treue der ihm gefolgten Untersassen wieder dadurch versicherte, daß er ihnen ihre Rechte und Freiheiten zu halten gelobte [2]). Was unmittelbar dem Erbschaftskriege vorherging, beweist, daß nicht blos auf Seite der Ritterschaft, sondern auch auf Seite anderer Stände schon damals Rechte zu sichern waren. Eine Urkunde Herzog Ludwig's v. J. 1355 versichert allen Ständen, namentlich den Prälaten, Freien, Dienstleuten, Rittern und Knechten, Rathmannen, Burgern und Bauern ihre hergebrachten und verbrieften Rechte. Eine Urkunde Herz. Ludwig's v. J. 1356 aber bekennt, daß 13 Räthe aus den verschiedenen Ständen (1 Prälat, 7 Ritter und 5 Rathsleute) von Herzog Wilhelm zu Lüneburg gewählt, nach dessen Tod die lüneburgische Provinz mit ihm regieren sollen. Eine landesherrliche Urkunde v. J. 1367 endlich sagt zu, daß im Falle eintretender Erbfolge die Stände bei ihren Rechten, wie auch die Räthe und Hofbedienten bei ihren Stellen gelassen werden sollen, und daß, im Falle der Erstgeborne sich nicht zum Regenten schicke, die herzoglichen Räthe, und, falls diese nicht einig würden, die Städte Braunschweig, Lüneburg und Hannover aus den rechten Erben

---

1) Jacobi a. a. O. S. 16 f.

2) Chronicon Luneburgicum, bei Leibnitz, script. rerum Brunsv. T. III. p. 176. Daselbst wird erzählt, daß Herz. Otto u. seine Gemalin Mechtilde, Prinzessin v. Baiern, der Stadt Lüneburg gute Privilegien und Freiheiten gegeben und der Stadt und dem Lande zumal gnädig und günstig gewesen. Ebenso wird schon Otto dem Kinde nachgerühmt, daß er den Bürgern in den Städten und besonders der Stadt Lüneburg Freiheiten, Gerechtigkeiten und Privilegien gegeben, seine Untersassen friedlich beschirmt, und daß das Land Lüneburg sich damals wohl befunden.

einen andern Nachfolger wählen möchten, der zur Herrschaft taugen würde[1]). Daher hat Eichhorn[2]) gewiß Recht, wenn er gegen die Ansicht von K. H. Lang[3]) den Anfang der lüneburgischen Verfassung und das Recht der dortigen Stände, das ganze Land, d. h. die Angehörigen und Hintersassen dieser Stände, zu vertreten, in das 14. Jahrhundert setzt; denn jedenfalls seit der zweiten Hälfte des letzteren waren die Stände in vereinter Thätigkeit, und zwar zum Zwecke der Ausübung und Aufrechthaltung solcher wichtigen Rechte, wie sie den im Grundgesetze constituirten Ständen nicht durchaus zukommen.

Außer den Rechten, welche früher ganz gewöhnlich den ständischen Vereinen zukamen: dem Rechte des Consenses zu Gesetzen, der Steuer-Verwilligung, dem Rechte zu Privat-Comitien[4]), kamen den lüneburgischen Ständen nämlich auch noch zu andere Gerechtsame, von welchen heutzutage nicht mehr die Rede ist, wie namentlich das Recht, unabhängig von landesherrlicher Berufung in öffentliche Thätigkeit zu treten, welches noch in späteren Verschreibungen von 1527 und 1536 anerkannt ist[5]), ferner das Steuer-Erhebungs- und Cassen-Recht, d. h. die Befugniß, die von ihnen bewilligten Hülfen durch die von ihnen angestellten oder präsentirten Schatzbedienten auf das Land umzulegen und einziehen zu lassen[6]), ja sogar das Recht, bei Fragen über Krieg und Frieden mitzureden und landesherrliche Fehden und Bündnisse, sowie die Erbauung neuer Schlösser und Festungen von ihrem Consense abhängig zu machen[7]). Auch in Angelegenheiten der fürst-

1) Das. S. 1. 6.

2) St.- u. R.-Gesch., §. 423, Anm. 2, §. 424, Anm. 4. — Derselben Ansicht ist schon Schmidt, Cod. diplomaticus, Vorr. S. 76. Ebenso auch Hüne, Gesch. Hannovers S. 487.

3) Prüfung des vermeintlichen Alters der deutschen Landstände. Göttingen 1796. S. 35 f.

4) Strube, Obs. juris, Nr. IV, §. 5—22. — Pütter, Institutt. juris publ. germ. §. 198. — Eichhorn a. a. O. §. 424—427. 546.

5) Jacobi a. a. O. S. 137. 165.

6) Jacobi a. a. O. S. 197. 257. 338. — v. Bilderbeck, Delin. jurium Statibus Prov. Ducatus Luneb. comp., bei Selchow, Magazin für die deutschen Rechte und Geschichte. Bd. I. S. 264. 265.

7) Verschr. v. 1392, 1518, 1527, bei Jacobi a. a. O. S. 50. 116. 143.

lichen Familie dienten die Landstände nicht selten als Vermittler und Schiedsrichter, und im Falle einer Regentschaft führten Einige aus ihrer Mitte die vormundschaftliche Regierung[1]). Endlich hatten die lüneburgischen Stände auch noch das besondere Recht, zu dem Hofgerichte zwei Assessoren und einen Cancellisten zu präsentiren[2]), was für jene Zeit darum nicht auffallen kann, da ja auch das frühere Landgericht von dem Landesherrn, als Landrichter, nur aus der Mitte der freien Stände des Landes besetzt werden konnte, und die Stände zur Unterhaltung des (vormaligen) Hofgerichts zu Celle einen jährlichen Beitrag zu geben hatten, der bis jetzt geblieben ist.

Gleiche oder ähnliche Rechte wie in Lüneburg behaupteten die Stände auch in den anderen braunschweigischen Fürstenthümern, namentlich in Göttingen, wo i. J. 1435 Herzog Otto der Einäugige die ganze Verwaltung des Landes einer von den Ständen bestellten Regentschaft (4 von der Ritterschaft, 5 von den Städten) überließ[3]). Ebenso in den neuen hannöverschen Ländern, namentlich im Fürstenthum Ostfriesland, wovon Strube[4]) sagt:

> **In Frisia orientali pleraque imperii jura Ordinibus sunt reservata.**

Im Stifte Osnabrück ward zwar erst im 15. Jahrhundert eine Vereinigung der Stände ausgeführt; allein auch diese hatten schon i. J. 1424 von dem Bischofe Johann v. Diepholz vor ihrer Huldigung die Zusicherung erhalten, daß keine Schatzung, Bede oder Dienst solle gefordet werden, außer nach Rath und Willen des Capitels, der Stiftsmannen und der Stadt Osnabrück, welche Zusage in der Mitte des 16. Jahrhunderts dahin erweitert wurde,

---

1) So ernannte im Jahr 1471 Herzog Otto III. von Lüneburg eine aus den drei Ständen (Prälaten, Ritterschaft und Städte) zusammengesetzte Vormundschaft für seinen unmündigen Sohn Heinrich. Jacobi, Lüneburg. Ldt.-Absch. I. S. 76.

2) Bilderbeck a. a. O. S. 246.

3) S. die Urkunde bei Schmidt, Vom deutschen Adel, S. 129. Ueber die Beweggründe sind Spittler a. a. O. Bd. VI. S. 104. Note, und Hüne, Gesch. Hannovers, S. 454, verschiedener Ansicht.

4) **De origine Nobilit. Germ. sect. 2. cap. 1. §. 7. p. 79.**

daß auch die „Bryen, de vp eren Güdern sitten,“ nicht ohne den Willen jener Stände sollten besteuert werden dürfen, womit also bereits ein Repräsentationsrecht der Stände anerkannt ward [1]).

Seit der Aufnahme des römischen Rechts wurde zwar der Einfluß der Stände auf die Landesregierung überall zu mindern gesucht [2]), da der strenge Beweis, welchen die Reichsgerichte im Falle der Klage verlangten, aus den mehr voraussetzenden als entwickelnden Landschaftsbriefen nicht leicht geführt werden konnte und das ähnliche Verhältniß zwischen Kaiser und Reichsständen, worauf sich Einige beriefen [3]), doch auch nicht mehr war, als eine Analogie. Auch in den braunschweigischen Landen fehlte es nicht an Uebergriffen in die landständischen Befugnisse, wie z. B. zu Ende des 16. Jahrhunderts, wo Kanzler Jagemann unter Berufung auf gemeine geschriebene Rechte, Regalien und fürstliche Obrigkeit behauptete, daß das Land ohne ständische Einwilligung Steuern jeder Art zu bezahlen verbunden sei [4]). Allein dies war nur vorübergehend. Die Stände blieben bei ihrem Rechte, und das allgemeine Urtheil der Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts geht dahin, daß dieselben nirgends mehr geachtet waren, als unter dem braunschweigischen Hause [5]).

§. 4. Sind durch die Ereignisse des 19. Jahrhunderts die ständischen Rechte juristisch vernichtet worden?

Das hereinbrechende 19. Jahrhundert war freilich den ständischen Rechten nicht günstig; doch konnten namentlich die Einwohner

---

1) Möser, Patriot. Phantasien, Bd. IV. S. 206 f.
2) Eichhorn, St.- u. R.-Gesch. §. 546. 547.
3) Lud. Hugo, De statu regionum Germ. p. 173. Mevius, Von wucherl. Contracten I. Cap. 3. §. 4.
4) Spittler a. a. O. Bd. VI. S. 238. Vgl. de Ludolf, Symphor. Consultatt. for. tom I. p. 3. p. 276.
5) Strube, Nebenstunden, Th. V. Vorr. S. 13. — Ders., De nobilitate Germ. sect. 2. cap. 1. §. 7. — Treuer, Anm. über Schröder's absol. Fürstenrecht S. 94 f. — J. J. Moser, Einl. in das braunschw.-lüneb. Staatsrecht, S. 490. — Ders., Von der Reichsstände Landen, S. 317. — Spittler, Gesch. Kalenbergs in der Sammlg. s. Werke. v. Wächter, Bd. VII. S. 299.

der vormaligen Bisthümer Osnabrück und Hildesheim den Art. 60, des Reichsdeputationsschlusses v. J. 1803 für sich anführen, wonach die politische Verfassung der zu säcularisirenden Lande, in so weit solche auf gültigen Verträgen zwischen dem Regenten und dem Lande, auch andern reichsgesetzlichen Normen ruhe, ungestört solle erhalten werden. Ebenso ward den mediatisirten Reichsstädten verheißen (Art. 27), daß sie den privilegirtesten Städten der Stammlande gleichgestellt werden sollen, was für Goslar besonders wichtig war, da Lüneburg in manchen Beziehungen sehr gegenüber von den kleineren Städten begünstigt gewesen.

Daß die Aufhebung der deutschen Reichsverfassung, mit welcher allerdings eine wichtige Stütze für die ständischen Rechte wegfiel, auch die Vernichtung dieser Rechte selbst de jure mit sich geführt habe, ist zwar von einzelnen Schriftstellern der Rheinbundesperiode behauptet worden. Indessen haben nicht nur andere Schriftsteller schon damals den Muth gehabt, das Gegentheil darzuthun [1]), sondern es haben auch Seine königliche Hoheit, der Prinz-Regent von England und Hannover, nachmaliger König Georg IV., in einem Schreiben an sämmtliche Landschaften vom 12. August 1814 [2]) erklärt, wie es niemals die Absicht der königlichen Regierung gewesen, die gewaltsame Umwälzung der deutschen Reichsverfassung zu benutzen, um die Rechte Ihrer Unterthanen zu schmälern. Ebenso haben Höchstdieselben durch Ihre beiden Bevollmächtigten auf dem wiener Congresse am 21. Oct. 1814 Sich bestimmt dahin ausgesprochen, daß weder der Verfall der Reichsverfassung, noch die später zwischen den deutschen Fürsten und Auswärtigen geschlossenen Verträge den Rechten Ihrer Unterthanen de jure etwas haben vergeben oder jenen vorhin nicht legaliter besessene Rechte über letztere haben beilegen können [3]).

Nun sind zwar in Folge des tilsiter Friedens (Art. 19) und späterer Verfügungen des französischen Kaisers die alten hannöverschen Provinzen nebst den meisten Entschädigungsländern, namentlich Hildesheim und Goslar, Osnabrück und Eichsfeld, dem

1) S. die Literatur bei Klüber, Oeff. Recht des deutschen Bundes, §. 49, Note a und b.

2) Rehberg, Zur Geschichte Hannovers, Beil. Nr. 2.

3) Acten des wiener Congr. von Klüber, Heft 1. S. 68.

neugebildeten Königreiche Westphalen einverleibt worden, und haben als solche an der von Frankreich vorgeschriebenen Verfassung jenes Königreichs vom 15. Nov. 1807 Theil genommen, welche im Art. 11 die Landstände in den zugehörigen Provinzen und alle bisherigen Privilegien derselben, sowie der übrigen Corporationen aufhob und dagegen (Tit. 7) allgemeine Reichsstände schuf, welche über die vom Staatsrathe verfaßten Gesetzes-Entwürfe, und zwar sowohl über die Auflagen, als über die im Civilgesetzbuche und im Münzsysteme vorzunehmenden Aenderungen berathschlagen sollten [1]). Ferner ward durch ein französisches Organisations-Decret v. 18. Oct. deff. Jahres das zuvor von Preußen an Holland gekommene Fürstenthum Ostfriesland, nebst andern Provinzen, und durch ein Senats-Consult v. 13. Dec. 1810 das Lauenburgische dem Kaiserreiche Frankreich einverleibt. Indessen, hatte man schon zur Zeit der Insurrection v. J. 1813 in den alten Provinzen von selbst wieder auf die alten Formen der Verfassung und Verwaltung zurückgegriffen, so schien auch für die neuen Provinzen der Augenblick gekommen zu sein, wo ihnen die durch das Unrecht der Zeit entzogenen alten Rechte in angemessener Gestalt wiedergegeben werden sollten, zumal da die wiener Congreßacte Art. 27 in Bezug auf Ostfriesland die ausdrückliche Bestimmung getroffen hatte, daß die dortigen Stände ihre Rechte und Privilegien behalten sollten, und da durchaus in dem Königreiche Hannover, namentlich in der transitorischen Verordnung vom 23. Aug. 1814, davon ausgegangen war, daß den fremden, von unrechtmäßiger Herrschaft aufgedrungenen Rechten, selbst rücksichtlich der Vergangenheit, keine wirkende Kraft eingeräumt werden könne, außer soweit die Rückwirkung des wiederhergestellten einheimischen Rechts zum Drucke der Unterthanen gereichen würde [2]).

Zwar nicht aus demselben, doch aus dem bereits oben angeführten Grunde, weil die Rechte der Unterthanen unter der Unbill der äußeren Ereignisse nicht länger leiden sollten, ist denn auch wohl anzunehmen, daß selbst die Handlungen der königlich-

1) Pölitz, Die europ. Verfassungen, 2te Aufl. Bd. I. S. 38.

2) Rehberg a. a. O. S. 52 f. — Grefe, Leitfaden zum Studium des hannöv. Privatrechts, S. 72.

preußischen Regierung, welche noch vor Aufhebung des deutschen Reichs i. J. 1802 die Verhältnisse der damals erworbenen und später an Hannover abgetretenen Provinzen ordnete, namentlich die Provinzialstände in Hildesheim aufhob, den früheren Rechten dieser Provinzen keinen längeren Eintrag thun durften. Auch spricht dafür wieder die wiener Congreßacte (Art. 27), indem sie hinsichtlich des Fürstenthums Hildesheim verordnete, daß solches mit allen denjenigen Rechten und Lasten an Hannover übergehen solle, womit dasselbe früher (1802) an Preußen gekommen. Ebenso die Erklärung der hannöverschen Gesandtschaft am Bundestage aus Veranlassung der Reclamation holsteinischer Prälaten und Ritter wegen ihnen vorenthaltener ständischer Gerechtsame, in der Sitzung v. 10. Juli 1823 (§. 12): daß die Vorgänge von 1802 und 1806 an sich keine rechtliche Wirkung auf Erlöschung verfassungsmäßiger Rechte haben [1]).

Wenn dessen ungeachtet die königliche Regierung Hannovers, nachdem sie, nicht ohne die thätigste Theilnahme ihrer getreuen Unterthanen, wieder in den Besitz der alten und mehrerer neuen Provinzen gekommen war, nicht sogleich die früheren Provinzial-Stände durchaus wiederherstellte, noch im Sinne ihrer zu Wien gegebenen Erklärungen und des Art. 13 der Bundesacte eine allgemeine Stände-Verfassung alsbald darauf gründete, so lag die Ursache dieser Zögerung ohne Zweifel in den eigenthümlichen Hindernissen, welche die Verschiedenheit der älteren Provinzial-Verfassungen und deren für die neuere Zeit mangelhaft gewordenen Einrichtungen ihrem gleich Anfangs ausgesprochenem Wunsche entgegensetzten [2]).

§. 5. Verhältniß des Patents vom 7. Dec. 1819 zu dem Grundgesetze vom 26. Sept. 1833.

Auch mit dem (blos 8 §§. umfassenden) Patente vom 7. Dec. 1819 wurde die neue Verfassung nicht für abgeschlossen gehalten; denn weder die Rechte der allgemeinen Ständeversammlung, noch die der Provinzial-Landschaften waren darin näher bestimmt; hin-

1) Protok. der Bundesversammlung. Ausg. in 4. Bd. XV. S. 397.
2) Rehberg a. a. O. S. 101 f.

sichtlich der Organisation der allgemeinen Ständeversammlung aber wurde im 8. §. ausdrücklich vorbehalten, diejenigen Modificationen künftig eintreten zu lassen, deren Nothwendigkeit sich im Verlaufe der Zeit an den Tag legen möchte. Wie unvollständig diese Organisation derzeit war, geht unter Anderem daraus hervor, daß über die Einrichtung der Wahlen bei dem Stande der freien Grundbesitzer das Patent vom Jahre 1819 lediglich nichts bestimmte, und daß daher zu dem ersten Landtage die Deputirten der freien Grundbesitzer von Kalenberg, Lüneburg und ein Deputirter von Hoya deshalb gar nicht berufen wurden, weil die Verhältnisse der Freien und die Art der Wahlen noch nicht hätten regulirt werden können. Kurz das Patent v. J. 1819, wie es überhaupt nur wenige Wünsche befriedigte, konnte nur der Uebergang sein zu einem neuen, die Verfassung des Königreichs vollendenden, Grundgesetze. Da dasselbe blos die allgemeinsten Umrisse der neuen ständischen Verfassung enthielt, so folgten demselben bald mehrere königliche Verordnungen, worin die wichtigsten Theile der Staatsverwaltung umgestaltet wurden, namentlich das Edict vom 12. Oct. 1822, die Bildung der künftigen Staatsverwaltung betreffend, das Reglement vom 18. April 1823, für die mit dem 15. Mai desselben Jahres in Wirksamkeit getretenen Landdrosteien, das Reglement vom 18. April 1823 über die künftige Verwaltung und Berechnung der Domanial-Einkünfte, das Edict von demselben Tage, die neue Amtsordnung für die sämtlichen Beamten in allen Fächern der Staatsverwaltung betreffend *).

Allein damit war die Unbestimmtheit in der Grundverfassung des Königreichs und die mangelhafte Durchführung der Landes-Repräsentationen nicht gehoben; doch wären wohl diese Lücken zum Nachtheile des Staats noch länger geblieben, hätten nicht die Ereignisse der Jahre 1830 und 1831 die Bedürfnisse und Wünsche der Regierung und der Stände sich näher gebracht und namentlich die Vortheile einer kräftigen und durchgebildeten Staatseinheit deutlicher als jemals empfinden lassen.

---

*) Pölitz, Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789. 2te Ausg. Leipz. 1832. Bd. I. S. 267—316.

Den ersten Anstoß gab die königliche Regierung durch die Proclamation vom 4. Febr. 1831, worin dieselbe zum Zweck einer Aenderung der im Patente von 1819 festgesetzten Wahleinrichtung, insbesondere der Regulirung der Vertretung des Bauerstandes, eine allgemeine Ständeversammlung auf den 7. März desselben Jahres nach Hannover einberief. Wie wenig hierbei, gleichwie bei den Aenderungen vom Jahr 1819, an übereilte Maßregeln gedacht wurde, ging aus der Eröffnungsrede Seiner königlichen Hoheit des Herzogs von Cambridge hervor, worin dieser erklärte: das wahrhaft Gute werde nur durch allmälige, mit ruhiger Besonnenheit und Erwägung aller Verhältnisse zu treffende Reformen, durch die Achtung des Rechts der Einzelnen begründet. Indessen glaubten die Stände, daß ein umfassendes Staatsgrundgesetz gegeben werden sollte, worin auch die bezeichneten Punkte bestimmt werden könnten; und in der That waren die Gründe hiefür *) so überwiegend, daß das Ministerium zu Hannover am 16. Juni 1831 den versammelten Ständen die Mittheilung machte: der König finde wegen Ausarbeitung eines neuen Grundgesetzes kein Bedenken und das Ministerium werde Demselben die Grundzüge zur weitern Entschließung darlegen. Nun erfolgte am 24. Juni 1831 die Vertagung der Stände, nachdem die Verbesserung der Wahlreform der Städte unbedingt beschlossen worden, hinsichtlich der Vertretung des Bauerstandes aber die Ansicht der Stände dahin erklärt worden war: daß jedenfalls schon zum nächsten Landtage einige Repräsentanten des bisher nicht vertretenen Bauerstandes eintreten, die näheren Bestimmungen für die Folge aber dem neuen Staatsgrundgesetze vorbehalten bleiben sollten.

Die Regierung erließ hierauf am 2. Febr. 1832 die Verordnung rücksichtlich der Städte-Wahlen, worin letztere definitiv festgesetzt waren, hinsichtlich der Wahlen des Bauerstandes aber die Verordnung vom 22. desselben Monats, wodurch vorläufig und unter Vorbehalt künftiger Berichtigung die Zahl der Deputirten jenes Standes um sechs verstärkt wurde.

Nach diesen Verordnungen, beziehungsweise dem Patente v.

---

*) Denkschrift S. 51—54.

J. 1819, wurde die Versammlung v. J. 1832 zusammengesetzt, welche den von der königlichen Regierung vorgelegten Entwurf eines Grundgesetzes zu berathen hatte, das endlich, nachdem fast in allen Punkten die Anträge der Stände genehmigt worden, am 26. Sept. 1833 von Windsor-Castle aus erlassen wurde.

§. 6. Entstehung der allgemeinen Stände des Königreichs Hannover.

Provinzialstände, d. h. besondere ständische Körperschaften für einzelne Gebietstheile (Provinzen) kommen theils neben allgemeinen Ständen vor, wie in Baiern (unter dem Namen Landrath), Hannover, theils ohne solche, wie in Oestreich, Preußen. Die äußere Untheilbarkeit, d. h. die Integrität des Territoriums, welche schon zur Zeit des deutschen Reichs theils durch Gesetz (für die Kurlande durch die goldene Bulle), theils durch besondere kaiserliche Privilegien und Lehenbriefe oder durch Hausgesetze festgesetzt war, schloß eine innere Theilung in mehrere Bezirke mit eigener Verwaltung nicht aus, wofern nur das Ganze unter einem Herrn vereinigt blieb. Vielmehr ward bei Erwerbung ganzer Provinzen diesen häufig ihre abgesonderte Vertretung gelassen, während einzelne neu acquirirte Städte oder Aemter geradezu der alten Landschaft einverleibt und nur zur Absendung eines oder mehrerer Deputirten zu derselben ermächtigt wurden. Durch Haus- und Landesverträge ward zwar auch die innere Untheilbarkeit, d. h. die Einheit der Verfassung und Verwaltung zuweilen zum Gesetze gemacht, und namentlich haben neuere Grundgesetze, z. B. das hannöversche (§. 1) gewöhnlich ausgesprochen, daß das ganze Staatsgebiet zu einer und derselben Verfassung verbunden sein solle. Allein dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß nicht neben der allgemeinen Stände-Verfassung noch eine besondere Vertretung in Provinzial- und Communal-Angelegenheiten Statt finde, wie dieß namentlich nach dem hannöverschen Grundgesetze (§. 73 f.) der Fall ist. Auch der Art. 13 der Bundesacte, wonach in allen Bundesstaaten eine landesständische Verfassung sein soll, ist einem Systeme von Provinzialständen nicht entgegen; nur wird man auch vom Standpunkte dieses Artikels aus annehmen müssen, daß kein Theil des Landes ohne ständische Vertretung sein darf, und daß allgemeine Angelegenheiten, wie namentlich allgemeine

Gesetze und Steuern, nicht von der ständischen Mitwirkung auszunehmen sind, welche somit freilich ohne allgemeine Reichsstände nicht auszuführen sein dürfte.

Was Hannover insbesondere betrifft, so ist es wahr, daß vor Aufhebung der deutschen Reichsverfassung keine allgemeinen Stände daselbst bestanden, sondern nur Provinzial-Stände. In Folge wiederholter Theilung des Landes in einzelne Fürstenthümer mit eigener Verwaltung, bildete und erhielt sich bei jedem derselben eine eigene Verfassung, und ebenso wurden auch größeren, von Außen her erworbenen, Territorien ihre landschaftlichen Einrichtungen gelassen. Hierbei blieb es auch, ungeachtet seit dem Jahr 1705 bis in dieses Jahrhundert sämtliche älteren hannöverschen Provinzen forthin unter Einem Scepter vereinigt gelassen wurden. Zwar hatte schon i. J. 1542 die Landschaft zu Göttingen durch ihren Anschluß an Kalenberg ein nachahmungswerthes Beispiel gegeben; dennoch erhielten sich besondere ständische Corporationen in Lüneburg, Kalenberg, Grubenhagen, Lauenburg und Hoya. Ebenso behielt das i. J. 1715 erworbene Herzogthum Bremen und Verden seine eigenen Landstände. Selbst das kleine Land Hadeln genoß seine eigene, vom Lauenburgischen unabhängige, Verfassung, unerachtet es gleichzeitig mit diesem an das zellische Haus gekommen war *).

Schon in dem oben angeführten Schreiben des Prinzen-Regenten vom 12. Aug. 1814 ward jedoch zur Vereinfachung der Landesadministration angeordnet:

> daß künftig alle allgemeinen Landesangelegenheiten, sofern sie nach der bisher bestandenen Verfassung einer Berathung mit den Ständen bedurften, einer Versammlung von Landständen aus allen Provinzen vorgelegt und von denselben zum Schluß gebracht werden sollen.

Diesem entsprach die von den allgemeinen Ständen nach dem Eintritte der ostfriesischen Deputirten am 21. Oct. 1816 gegebene Erklärung: daß alle von den versammelten Ständen des Königreichs gefaßten und noch ferner zu fassenden Beschlüsse für das ganze Königreich, mithin auch für die Provinz Ostfriesland, ver-

*) Spittler a. a. O. Bd. VI. S. 2. Note.

bindend seien, selbst dann auch, wenn einige oder alle Deputirten dieser Provinz nicht erscheinen sollten *). Ebenso bestimmt das Patent v. 7. Dec. 1819 (§. 6):

> Ueber alle, das ganze Königreich betreffende zur ständischen Berathung verfassungsmäßig gehörende Gegenstände wird nur mit den allgemeinen Ständen des Königreichs communicirt; dagegen alle diejenigen Angelegenheiten, welche nur die eine oder die andere Provinz angehen, und zu einer ständischen Berathung geeignet sind, auch fernerhin an die betreffenden Provinzial-Landschaften werden gebracht werden. Und gleichwie es überhaupt keineswegs Unsere Absicht ist, eine neue, auf Grundsätzen, welche durch die Erfahrung noch nicht bewährt sind, gebaute ständische Verfassung einzuführen, also soll auch die allgemeine Ständeversammlung im Wesentlichen künftig dieselben Rechte ausüben, welche früherhin den einzelnen Provinzial-Landschaften, so wie auch der bisherigen provisorischen Ständeversammlung zugestanden haben, namentlich das Recht der Verwilligung der zum Behuf der Bedürfnisse des Staats erforderlichen Steuern und der Mitverwaltung derselben, unter verfassungsmäßiger Concurrenz und Aufsicht der Landesherrschaft, das Recht auf Zurathziehung bei neu zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen, und das Recht über die, zu ihrer Berathung gehörigen, Gegenstände Vorstellungen an Uns zu bringen.

Schon vor dem Grundgesetze (seit 1814) waren also allgemeine Stände in Hannover eingeführt, während die Wiedererweckung und theilweise neue Organisation der Provinzial-Stände, welche in den kriegerischen Zeiten eingeschlummert waren, ausgesetzt blieb, bis die allgemeinen Stände in Wirksamkeit waren. Die Regierung glaubte durch die Berufung einer allgemeinen Ständeversammlung nicht blos ihren Unterthanen eine Wohlthat und einen Beweis von Zutrauen zu erzeigen, sondern sie hielt auch jene Einrichtung zum Zwecke einer verbesserten Landesadministration für nothwendig; und die allgemeinen Stände haben sich von dem

---

*) Actenstücke des prov. Landtags, I. S. 33.

Nutzen und von der Nothwendigkeit derselben nicht minder überzeugt [1]). Durch Rescripte vom 19. Octbr. 1818 wurden nun zwar die Provinzial-Stände in so weit wiederhergestellt,

> als die Verhältnisse derselben zu der Versammlung von Deputirten aller Stände des Königreichs verstatten, welche letzte das ganze Land zu vertreten und über dasselbe Beschlüsse zu fassen und zu höchster Prüfung und Entschließung vorzulegen habe [2]).

Allein noch zur Zeit des Staatsgrundgesetzes waren die provinziallandschaftlichen Einrichtungen nicht überall vollendet, und es sollten deshalb sowohl, als auch wegen angemessener Verbindung bisher getrennter Landschaften unter Mitwirkung von Abgeordneten der betreffenden Landestheile Einleitungen getroffen werden (G.-G. §. 74). Ebenso schrieb das Grundgesetz vor (§. 77), daß die fernere innere Organisation der Provinzial-Landschaften und insbesondere der bei denselben einzuführenden Curien binnen 3 Jahren auf verfassungsmäßigem Wege näher festgestellt und zu dem Ende zwischen der Regierung und den einzelnen Landschaften weitere Verhandlung gepflogen werden solle. Uebrigens wurden in dem Staatsgrundgesetze den Provinzial-Landschaften vorbehalten diejenigen ständischen Rechte, welche nicht auf die allgemeine Ständeversammlung übergegangen sind, insbesondere die Zustimmung zu allen provinziellen Abgaben und Leistungen und zu dem wesentlichen Inhalte aller lediglich die speciellen Verhältnisse der Provinz betreffenden Gesetze, in so weit solche nicht blos vorübergehende Verfügungen betreffen oder in Anordnungen der Sicherheits- oder Gesundheits-Polizei bestehen (G.-G. §. 78 u. 79).

Jetzt die alten Provinzialstände mit allen ihren alten Rechten und verschiedenen Organisationen wieder herzustellen nachdem die alten und neuen Provinzen lange Zeit die Vortheile eines größeren Gemeinwesens kennen gelernt und vereint so manche Lasten in schlimmeren Zeiten, als die gegenwärtigen, getragen haben, ist eine politische Unmöglichkeit. Auch würden die besonderen Freiheiten, welche mehrere Landschaften, z. B. die ostfriesischen, voraus haben, die

---

1) Rehberg, a. a. O. S. 140—142.

2) Gedr. Eingabe des Magistrats zu Osnabrück an die Bundesversammlung. S. 41.

Exemtionen einzelner Stände, z. B. der Ritterschaft, der großen Städte, die mangelhafte Vertretung des Bauerstandes in mehreren Provinzen, die Eifersucht der andern Provinzen und Stände beständig nähren und zumeist der Regierung selbst lästig sein, welche mit den nützlichsten Gesetzes-Vorschlägen, die sie an die verschiedenen Landschaften zu bringen hätte, zuversichtlich bald da bald dort Anstoß erregen würde, ohne das Gewicht ihrer hohen Stellung und den Grundsatz des Repräsentativ-Systems, nur das Wohl und die Rechte des Ganzen im Auge zu haben, gegen den Particularismus der zerstreuten Stände in die Waagschale legen zu können. Kurz das große Werk der Vereinigung, woran schon frühere Fürsten, namentlich der erste Kurfürst Ernst August, vergebens gearbeitet, würde wieder zertrümmert werden, und zwischen Provinzen, welche längst bestimmt waren, eine Einheit zu bilden, und an diese Einheit sich allbereits gewöhnt haben, wieder eine kleinliche Spaltung erzogen werden, welche in der Absicht der gegenwärtigen Regierung Hannovers unmöglich liegen kann.

Wodurch unterscheidet sich nun aber die von der neuen Regierung beabsichtigte Einrichtung hinsichtlich der Provinzialstände von der grundgesetzlichen? Nicht darin, daß Provinzialstände neben allgemeinen Ständen bestehen, denn auch das Grundgesetz erkennt jene an, oder daß die Rechte der ersteren geregelt werden, denn der neue Entwurf einer Verfassungsurkunde für das Königreich Hannover bestimmt über die Rechte der Provinzial-Landschaften nichts, sondern wiederholt nur, daß die Organisation derselben und die ihnen zustehenden Rechte auf verfassungsmäßigem Wege festgestellt werden sollen, ohne aber zu sagen, welcher Weg der verfassungsmäßige sei, oder welche Befugnisse bei dieser Feststellung schon den Provinzial-Landschaften zukommen, ob solche namentlich dabei eine berathende, oder auch eine entscheidende Stimme haben (§. 59 — 61). Die Bestimmungen des Grundgesetzes über die künftige Einrichtung der Landschaften, welche auch in dieser Hinsicht als maßgebend betrachtet wurden (G.-G. §. 75 — 77), sind weggelassen.

Aber auch der Wirkungskreis der allgemeinen Stände ist in dem neuen Entwurfe einer Verfassungsurkunde nicht mit Sicherheit ausgeschieden. Es werden nämlich dahin nur diejenigen Gesetze

gerechnet, welche die Steuern des Königreichs und solche Gegenstände betreffen, die, in Gemäßheit der Entscheidung des Königs, allgemeiner gesetzlicher Bestimmung bedürfen und daher der Gesetzgebung der einzelnen Provinzial-Landschaften nicht können überlassen werden. Indessen scheint eben diese Unbestimmtheit von der königlichen Regierung beabsichtigt zu sein, welche schon in dem Patente vom 1. November 1837 als ein Haupt-Desiderium des Königs bezeichnete, daß den Provinzialständen nach jedesmaliger hoher Bestimmung, die geeigneten Gegenstände in größerer Masse, als dieses bisher der Fall war, vorgelegt werden sollen. Nur Gesetze über Steuern und Abgaben sollten hiernach den allgemeinen Ständen definitiv zur Berathung überwiesen werden (Recrutirungsgesetze?), im Uebrigen aber das Ermessen des Königs über die Competenz derselben zu entscheiden haben. Dagegen soll jener Wirkungskreis, was das Patent vom 1. November 1837 noch nicht angekündigt hatte, nunmehr nach dem Entwurfe der Regierung gegenüber wesentlich beschränkt werden. Mit Ausnahme derjenigen Gesetze, welche die Steuern des Königreichs betreffen, sollen nämlich die Stände nur ein Recht auf Zurathziehung haben, und auch in diesem auf folgende Weise eingeengt sein: a) Dasselbe soll sich nur auf den wesentlichen Inhalt der den Ständen mitgetheilten Gesetzes-Entwürfe beziehen. b) Solche Gesetze, welche ohne Beirath der allgemeinen Stände erlassen worden sind, also wohl die meisten bisherigen Gesetze, soll der König allein aufheben oder interpretiren dürfen. c) Gesetzes-Entwürfe können nicht, wie nach dem Grundgesetze, auch von den Ständen an den König gebracht werden, sondern nur diesem steht die Initiative zu (Verf.-Entw. §. 91—94).

Außerdem enthält der Verfassungs-Entwurf, wie schon das Patent vom 1. November 1837 hatte erwarten lassen, die Neuerung, daß die allgemeinen Stände nicht jedes Jahr, wie nach dem Grundgesetze, sondern nur alle 3 Jahre einberufen werden sollen*).

---

*) Die Prüfung dieser Desiderien s. unten S. 105 f.

§. 7. Ständische Theilnahme an der Gesetzgebung. (Recht der Zustimmung oder Recht des Beiraths?)

Zu den uralten Rechten der Stände gehört namentlich die Theilnahme an der Gesetzgebung, d. h. die Befugniß zu allgemeinen Landesgesetzen, insbesondere Landrechten, Landesordnungen, die Zustimmung zu geben. Zwar giebt es immer noch Schriftsteller, welche anführen, daß den Ständen überall ursprünglich nur eine Befugniß des Rathertheilens, welche von selbst wieder durch das Rathsuchen von Seite des Landesherrn bedingt wäre, zugekommen sei [1]). Diese Behauptung ist jedoch alles historischen Grundes entblößt, mag man nun zu den alten Volksrechten zurückkehren, wo die Volksversammlung, gebildet durch die freien Stände (nobiles et ingenui), den Mittelpunkt aller öffentlichen Geschäfte bildete, und wo es Grundsatz war: lex consensu populi fit et constitutione regis [2]), oder mag man den Zustand nach Entstehung der Landeshoheit ins Auge fassen, welche keineswegs ursprünglich eine gesetzgebende Gewalt in sich schloß, sondern solche nur von der Autonomie der Volksgemeinden entlehnen konnte, aus deren Zerfall sie hervorgegangen war. Auch jetzt noch waren einzelne Ueberreste der alten Volksrechte übrig geblieben, und hierunter namentlich das Recht der Mitwirkung der freien Landsassen an allgemeinen Landesangelegenheiten auf den sogen. Landtagen (placita terrae). Hierauf bezieht sich die Verordnung Kaiser Heinrich's VII. v. 1. Mai 1231, worin mit Einwilligung der Fürsten festgesetzt ist:

> ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova iura facere possint, nisi meliorum et maiorum terre consensus primitus habeatur [3]).

Es ist zwar häufig auch bloß von einem Rathe in Urkunden

---

1) Bemerkungen über die ältere ständische Verfassung in Hessen, S. 48 f. — Maurenbrecher, Deutsches Staatsrecht, §. 155.

2) Caroli II. Edictum Pistense de anno 864. cap. 6, bei Pertz, Monum. Germ. Legum, tom. I. p. 490. Vergl. Lex Alamannorum, tit. 41: „Sic convenit duci et omni populo."

3) Pertz, l. c. tom. II. p. 283. Vergl. Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, Th. II. §. 264.

die Rede, wie z. B. in dem Landfrieden Kaiser Rudolph's v. 24. März 1287:

> Swaz auch die furste oder die lantherren in irem Lande mit der herren rate sezzent und machent disem lantfriden zu bezzerunge vnd zu vesterunge, daz mugen si wol tun, und damitte brechen sie des lantfridis nicht ꝛc. [1]).

Allein „ob der Landesherr bei gewissen Angelegenheiten diesen Rath zu hören, ob er ihn zu befolgen verbunden war, darf man nicht erst fragen; denn es verstand sich von selbst, daß, um mit Sicherheit auf die Mitwirkung seiner Vasallen (und übrigen Stände) rechnen zu können, er sie zuvor für seine Absichten gewonnen haben mußte [2]).“

Allerdings waren es vorzugsweise die Lehens- und Dienstmannen, welche mit dem Landesherrn in unmittelbare Verbindung traten und deshalb bei allgemeinen Angelegenheiten mitwirkten [3]). Allein wenn auch die landsassigen Städte, Stifter und Klöster sich nicht sogleich als Theile eines großen Ganzen, der Landesgemeinde, fühlten, weil jede dieser Körperschaften wieder in einem eigenthümlichen Verhältnisse zu dem Landesherrn stand, so waren sie doch sowohl nach Außen als nach Innen, theils durch schriftliche Privilegien theils durch das Herkommen ziemlich gesichert, und namentlich im Besitze einer sehr ausgedehnten Autonomie, gegen welche die heutige Theilnahme an der allgemeinen Gesetzgebung kaum in Betracht kommen möchte.

Durch das aufgenommene römische Recht ward zwar jenes Autonomierecht, wovon auch die hannöverschen Landstände vielfach Gebrauch gemacht haben, mehr und mehr verdunkelt und in den Hintergrund gestellt. Dagegen haben nunmehr die repräsentirten Stände

---

1) Pertz, l. c. p. 452.

2) Eichhorn, a. a. O. §. 309 a. E. Vergl. Posse, Ueber das Staatseigenthum u. das Staatsrepräsentationsrecht. Rostock u. Leipzig 1794. S. 179. — Fürth, Die Ministerialen. Cöln 1836. §. 106—112.

3) Mit Rath und Einwilligung der Ministerialen und Vassallen (consilio et consensu fidelium) handelten die Landesherren schon im 13. u. 14. Jahrh. Schmidt, Vom hohen und niederen Adel. S. 116 — 122.

durch ihr Votum bei provinziellen Landeseinrichtungen und Landesordnungen mitgewirkt, und diese provinziellen Quellen wurden bis daher mit so vieler Schonung behandelt, daß sie noch jetzt vor dem Landesrecht und dem Gemeinen Rechte zur Anwendung kommen [1]).

Uebrigens ist nicht zu läugnen, daß manches uralte Recht der Stände, insbesondere das der Zustimmung zu neuen Gesetzen, seit dem 17. Jahrhundert da und dort in Abnahme gerathen oder wegen mangelnder Entwicklung der sogen. landständischen Verfassung niemals in den Formen der letzteren zur Ausübung gekommen ist. Doch wurde auch von denjenigen, welche als Regel nur ein sogen. Recht des Beiraths anerkennen wollten, stets zugegeben, daß nach den Grundgesetzen mehrerer monarchischen Staaten Deutschlands die Landstände als Theilnehmer an der gesetzgebenden Gewalt betrachtet werden müssen, und daß, wenn Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Landständen über die Concurrenz zur Gesetzgebung entstehen, solche von den Reichsgerichten zu entscheiden seien [2]).

Was insbesondere die Landstände in den hannöverschen Provinzen betrifft, so fand bei denselben wenigstens theilweise eine ausgesprochene Mitwirkung zur Gesetzgebung statt, und zwar nicht etwa blos in Folge einer jedesmaligen freiwilligen Zurathziehung von Seite der Regierung, welche diese eben so gut hätte unterlassen können, sondern in Gemäßheit einer ausdrücklichen Anerkenntniß derselben, welche jedoch weniger eine besondere Concession zu sein schien, als vielmehr bereits Bestehendes voraussetzte; wie es sich denn in der That von selbst ergeben mochte, daß diejenigen Stände, welche sich sonst selbst Gesetze gegeben hatten, nunmehr auch ein Wort mitzusprechen haben, wenn es sich von allgemein, auch für sie verbindlichen Satzungen handele, und daß auf dieselbe Weise, wie die Reichsgesetze der Einwilligung der Reichsstände, so die Landesgesetze des Consenses der Landstände bedürfen. Nicht nur entspricht daher auch die Form der alten Landtagsabschiede ganz der der Reichstagsabschiede, sondern es ward auch den lüneburgischen Ständen von Herzog Ernst im Jahr 1592 ausdrücklich zugesagt, ohne derselben

1) Grefe, Leifaden zum Studium des hannöverschen Privatrechts, Thl. I. S. 21 ff.

2) Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 93.

(Räthe und Landschaft) „Wissen und Vollworth“ sonsten keine neue Constitution oder Ordnung machen oder publiciren zu lassen [1]). Und dies ist bis späthin als Regel beibehalten worden [2]). Eine gleiche, wiewohl minder bestimmt ausgedrückte, Mitwirkung fand im Kalenbergischen Statt, nach dem Zeugnisse der Landtagsabschiede von den Jahren 1628 u. 1639 [3]). Auch in der neuen hannöverschen Provinz Ostfriesland, wo die auf Volksgemeinden gebaute alte Verfassung am längsten sich erhielt, und namentlich durch das Recht der freien Satzung oder Willkür auf den allgemeinen Landtagen zu Upstalsboom bei Aurich bis späthin sich geltend machte, war es, nachdem die Landeshoheit auch dort sich festgesetzt hatte, immer noch Grundsatz, daß neue Verordnungen nur mit Consens und Vollwort der Prälaten, guten Männer und Häuptlinge zu Stande kommen konnten [4]). Bei Besitznahme Ostfrieslands von Seite Preußens im Jahr 1744 wurde sogar den Landständen das für diese Zeit außerordentliche Zugeständniß gemacht, daß Alles, was auf dem Landtage in allgemeinen Landessachen nach Landtagsrecht per majora abgehandelt und beschlossen sei, zur Execution gebracht und Seine Majestät solches ohne die geringste Aenderung confirmiren wollen [5]).

Wenn wir nun freilich das hannöversche Patent von 1819 für sich betrachten, so scheint es, daß die allgemeinen Stände das Recht der Einwilligung zu neuen Gesetzen nicht haben sollten, sondern blos ein Recht auf Zurathziehung; und obschon Mauernbrecher (Deutsches Staatsrecht, §. 155, No. 3) behauptet, daß unter dem Rechte des Beiraths verstanden sei: das Recht „alle Gesetze über Privat- und Criminalrecht zu begutachten, also auch (?) solche zu verwerfen,“ so können wir doch dieser Schlußfolgerung nicht beitreten, da unter dem Rechte der Stände, zu Rathe gezogen zu werden, wörtlich blos verstanden ist: die Befugniß, landesherrliche Gesetzesvorschläge, welche ihnen jedenfalls vorgelegt werden mußten, für

---

1) Jacobi, Sammlung lüneburgischer Landtagsabschiede, Th. I. S. 341.
2) Bilderbeck, a. a. O. S. 244.
3) Pfeffinger, Historie des braunschweig-lüneburgischen Hauses, Th. III. S. 292 u. 293. 330 u. 332.
4) Ostfriesisches Landrecht, Cap. 46. Vorbericht dazu von Wicht, §. 52.
5) Friese, Ostfries- und Harlingerland, I. S. 83.

gut, also auch für übel zu achten, nicht aber sie mit Erfolg zu verwerfen. Gleichwohl haben wir mehrere Gründe, welche uns an der Richtigkeit dieser Auslegung zweifeln lassen, und wir können nicht umhin, auch hierauf aufmerksam zu machen:

1) Erweislich haben, wie wir oben gesehen, einzelne, wenn auch nicht alle, Provinzialstände in den nunmehr vereinigten hannöverschen Provinzen das Recht der Zustimmung wirklich gehabt und ausgeübt. Da es nun nicht die Absicht der königlichen Regierung war, die politischen Ereignisse seit dem Jahr 1802 zu benutzen, und die Rechte ihrer Unterthanen zu schmälern, da vielmehr erklärtermaßen die frühere ständische Verfassung beibehalten werden sollte, so muß allerdings folgerecht angenommen werden, daß mit den übrigen ständischen Rechten auch das der Einwilligung zu neuen Gesetzen, wenigstens den früher diesfalls berechtigten Ständen habe vorbehalten werden wollen.

2) Aber auch dafür, daß jenes Recht auf die allgemeine Ständeversammlung übertragen worden, spricht Einiges, namentlich die wiederholt, auch in dem Patente vom 7. Dec. 1819 (§. 6) gegebene Erklärung, daß die allgemeine Ständeversammlung „im Wesentlichen künftig dieselben Rechte ausüben solle, welche früherhin den einzelnen Provinzial-Landschaften zugestanden haben." Zu den wesentlichen Rechten einzelner früherer Provinzial-Landschaften gehörte auch das der Theilnahme an der Gesetzgebung, und wollte der allgemeinen Ständeversammlung dieses Recht nicht mehr gestattet werden, so würden in der That jene Stände hinsichtlich allgemeiner Gesetze dasselbe verlieren.

3) Zwar ist unmittelbar in Verbindung mit dem eben Angeführten in dem Patente erwähnt das Recht auf Zurathziehung; allein wenn dieser Ausdruck historisch auch die Erklärung zuläßt, daß dabei ein wahres Einwilligungsrecht zu denken ist, so spricht hiefür noch insbesondere, daß die hannöverschen Bevollmächtigten auf dem wiener Congresse ein „Stimmrecht bei neu zu verfassenden Gesetzen" für die deutschen Ständeversammlungen in Anspruch nahmen, und die Erklärung des Prinzen-Regenten in dem Schreiben vom 5. Jan. 1819, die Einrichtung der künftigen allgemeinen Ständeversammlung betreffend *), daß es nicht in dem Plane liege,

*) Pölitz a. a. O. 262.

Hauptveränderungen in der Constitution eintreten zu lassen, nach welcher den Ständen das Recht der Steuerbewilligung und der Theilnahme an der Gesetzgebung zustehe. Kann nun freilich auch ein Stimmrecht sowohl auf ein consultatives als auf ein decisives Votum bezogen und ebenso die Theilnahme an der Gesetzgebung als eine mehr oder minder entfernte gedacht werden, so ist doch gewiß, daß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die eben gedachten Ausdrücke mehr besagen, als ein bloßes Recht der Consultation oder Berathung, welches dem Landesherrn auch gestattete, ganz abweichende Gesetze zu machen und in Ausführung zu bringen.

4) Was endlich den Gebrauch von 1819 bis 1832 betrifft, so scheint dieser allerdings dem ständischen Rechte der Zustimmung nicht günstig gewesen zu sein, indem die Regierung sowohl in allgemeinen als Provinzial-Angelegenheiten einzelne gesetzliche Verfügungen ohne jene Zustimmung erließ. Allein abgesehen davon, daß selbst dann, wenn ein ständisches Zuwilligungsrecht bei allen und jeden Gesetzen angenommen wird, immer noch darüber, was materiell in das Gebiet der Gesetzgebung gehört, verschiedene Ansichten möglich sind, so kann aus der einseitigen Handlungsweise der Regierung oder auch aus dem mehrmaligen Nichtgebrauch eines Rechts der Stände nicht schon die Nichteristenz dieses Rechts selbst gefolgert werden. Uebrigens ward von der ersten Kammer im Jahr 1821 die Zustimmung zu allen Gesetzen in Anspruch genommen, und wenn gleich dieselbe nachher mit der zweiten Kammer sich zu dem Beschlusse vereinigte, daß nach der im Patente vom 7. Dec. 1819 enthaltenen, auf die frühere Verfassung sich gründenden, königlichen Erklärung ihre ausdrückliche Zustimmung und Billigung ohne Zweifel bei einem Landesgesetze erforderlich sei, durch welches, wie durch das Militärgesetz vom 14. Juli 1820, den Unterthanen eine Last auferlegt werde*): so kann doch auch hieraus (nach dem Grundsatze: unius positio non est alterius exclusio) nicht gefolgert werden, daß die Stände auf das Recht, zu anderen Gesetzen ihre Einwilligung zu geben, verzichtet, sondern nur daß sie das Zustimmungsrecht in obigem Falle für unzweifelhaft gehalten haben.

*) Gedruckte Eingabe an die B.-V., S. 45.

5) War aber das ständische Zustimmungsrecht vor dem Grundgesetze v. J. 1833 auch nur ein zweifelhaftes oder bestrittenes, so kann man nicht sagen, daß dasselbe durch dieses Grundgesetz überall erst in Hannover eingeführt, sondern nur, daß eine zuvor schon mögliche Interpretation des Patents v. J. 1819, welche auch durch die Analogie auswärtiger Verfassungsgesetze jener Zeit unterstützt wird, die den Ständen ein wirkliches Zustimmungsrecht eingeräumt haben (z. B. Baiern, Baden, Württemberg), zur grundgesetzlichen oder authentischen gemacht worden sei.

Am allerwenigsten aber darf man annehmen, daß die königliche Regierung Aenderungen an Verfassungsgesetzen, wie namentlich eine Abänderung an dem in dem Grundgesetze von 1833 den Ständen nunmehr definitiv übertragenen Einwilligungsrechte, von ihrer Willkür habe abhängig machen wollen; denn noch bevor das Grundgesetz auch hierüber dauernde Normen gegeben hatte, war in der auf höchsten Befehl erlassenen Proclamation v. 4. Febr. 1831 erklärt worden:

> daß Se. Majestät am allerwenigsten gestatten können, daß Veränderungen in der bestehenden Landesverfassung auf tumultuarische Weise begehrt werden, da Allerhöchst Ihren Unterthanen nicht unbekannt sein könne, wie es zu ihrer eigenen Sicherheit gereiche, daß in den Staaten des deutschen Bundes Veränderungen in den bestehenden Landesverfassungen nur auf verfassungsmäßigem Wege, d. h. nach gehöriger Berathung und mit Einverständniß der Landstände, verfügt werden können [1]).

§. 8. Recht der Steuerverwilligung (Subsidiar-Princip?).

Das Steuerrecht war ursprünglich so wenig in der Landeshoheit begriffen, als das Recht der Satzung oder Gesetzgebung; denn wenn schon die Landesherren seit dem 14. Jahrhundert sich häufig auf die Landeshoheit als Quelle desselben beriefen [2]), und

---

1) Hannöv. Gesetzsamml., Nr. 4. S. 12.

2) Z. B. in einer holsteinischen Urkunde v. 1349 (Westphalen, Monum.): Exactiones et petitiones et servitia in Villis et terminis, quibus communis terra Terrae Domino obligatur. Ebenso Herzog Albrecht IV. von Baiern i. J. 1488 (bei Cramer, Bair. Landtagsverhandlungen).

selbst in einer Kaiser-Urkunde vom Jahr 1375 anerkannt ward, daß das Recht zu Auflagen von der weltlichen Gerichtsbarkeit und Oberherrlichkeit abhänge [1]), so ergiebt sich nichts desto weniger aus der Geschichte, daß die Landesherren von Unterthanen, die nicht zugleich ihre Gutshintersassen waren, ursprünglich nur bittweise einen Beitrag (Bede) zu den Landeslasten fordern konnten, der jedoch häufig durch förmlichen Vertrag zu einer ständigen Abgabe wurde, so daß nur noch in außerordentlichen Fällen eine Verwilligung nöthig war [2]). Auch ein Regal im alten Sinne, d. h. eine von der königlichen Gewalt abgeleitete Befugniß, war die Steuer nicht (mit Ausnahme des Zölls und des Judenschutzgeldes, welche jedoch früher nicht Steuern hießen); denn wenn schon einzelne Reichsstände sich zu Erhebung von Steuern kaiserliche Indulte geben ließen, weil sie die Steuer als ein Regal betrachteten [3]), und auch manche Juristen dieser Meinung beipflichteten [4]), so ist doch bekannt, daß der Kaiser keine Steuer für sich ausschreiben [5]), also auch das Recht hiezu nicht auf Andere übertragen konnte. Selbst Reichssteuern, welche übrigens mit den Abgaben, welche der Kaiser auf den unmittelbaren Reichsgütern erhob, nicht zu verwechseln sind [6]), konnte der Landesherr nicht geradezu auf das Land repartiren, sondern er hatte sie ursprünglich aus dem Kammergute zu leisten, und, wenn er je von den Unterthanen einen Beitrag wollte, sie darum zu „ersuchen" [7]).

Wie die Reichsstände auf Verlangen des Kaisers zuweilen zu einer Reichssteuer sich entschlossen, so die Landstände auf Verlangen

---

1) Declaration der erzbischöflichen Rechte gegenüber von der Stadt Köln v. J. 1375; bei Lünig, Spirit. Eccl., I. Thl. Forts. p. 508.

2) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 306.

3) K. H. Lang, Hist. Entwicklung der deutschen Steuerverfassung, S. 109.

4) Wehner, Observ. pract., V. Schatzung. — Rudinger, Observ. juris com., cent. 4. obs. 29.

5) Westph. Frieden, Art. 8. §. 2. — Conring, De praecip. negotiis in convent. imp. ordinum, §. 89.

6) Eichhorn, a. a. O. §. 297.

7) Reichsabschied von 1530, §. 118. Anders nach dem R.-A. von 1543, §. 24 u. 25, von 1555, §. 82, und späteren Abschieden, wo den Unterthanen Beiträge zu den Reichs- und Kreissteuern zur Pflicht gemacht wurden.

des Landesherrn zu einer Landsteuer. Der Grund hievon war aber nicht sowohl ein landesherrliches jus collectandi, als vielmehr die Selbstbesteuerung der Stände, analog ihrer Selbstgesetzgebung (Autonomie). Daher auch nicht bloß das Erkenntniß über die Nothwendigkeit und die Art der Steuer, sondern auch das Recht der Umlage und des Einzugs häufig entweder ganz oder unter Concurrenz des Landesherrn den Landständen zukam. Dieß fand namentlich seit dem 16. Jahrhundert, ungeachtet jetzt erst *) mit der ausgebildeten Landeshoheit auch ein landesherrliches jus collectandi und subcollectandi zum Vorschein kam, sehr häufig Statt. Während die alten pactirten Steuern, welche unabhängig von einer landständischen Gesammtverwilligung mit den einzelnen Gemeinden oder Hintersassen besonders festgesetzt worden waren und theilweise Abfindungen für frühere leibeigenschaftliche und vogteiliche Lasten enthielten, regelmäßig bis in die neueste Zeit unmittelbar zur landesherrlichen Kammer erhoben wurden, flossen dagegen die außerordentlichen Steuern oder Schatzungen, welche jetzt die vereinigten Stände bewilligten, häufig in eine besondere ständische Steuercasse, um von hier aus zu den verwilligten besonderen Zwecken verwendet zu werden. Dabei blieb es Grundsatz, daß die Landesausgaben zunächst auf den Kammereinkünften haften, und nicht einmal eine durchgängige subsidiäre Verpflichtung der Stände zu Deckung derselben ward angenommen.

Reichten die Kammereinkünfte nicht hin zu Bestreitung der darauf ruhenden Haus- und Landesbedürfnisse, so wurden entweder Schulden (Kammerschulden) gemacht, oder die Stände um einen Beitrag (Kammerbeitrag) gebeten, der jedoch ebenso auf freiem Willen beruhte, als eine Uebernahme landesherrlicher Schulden. Nur zu einzelnen Arten von Kammerausgaben: Reichs- und Kreissteuern, Kammerzielern, Kosten der Besetzung und Erhaltung der

*) Ludolf, Observatt. forenses, Vol. I. p. 265. Note 1. „Ante Seculum XVI. Collectas subditis imperatas fuisse a statibus Imperii, probatu erit difficile. Non, quod potestate territoriali, quam hodie superioritatem vocant, caruerint, sed quod eis haec potestatis pars nondum fuerit aggregata. — — Ex propriis bonis sustentavere plerique Domini regionum et se et familiam unusquisque pro modo facultatum, luxus hodierni felici ignorantia."

nöthigen Festungen, Plätze und Garnisonen, Gesandtschaftskosten bei Reichs- und Kreistagen waren die Landstände durch Reichsgesetze, und zur Ausstattung fürstlicher Fräulein (Prinzessin-Steuer) durch ein allgemeines Herkommen zu steuern verbunden [1]).

Dagegen wurde allerdings gutwillig von den Ständen weit mehr geleistet, als wozu sie verpflichtet waren, gewöhnlich aber nur gegen die ausdrückliche Versicherung, daß es nicht aus Schuldigkeit geschehe, und allenfalls gegen wiederholte Anerkennung ihrer sonstigen Freiheiten und Abstellung einzelner Landesbeschwerden [2]). So geschah es namentlich in den alten hannöverschen Provinzen, wo die Stände, theils um die reichsgesetzlichen Hülfen aufzubringen, theils um die überschuldete Kammer in den Stand zu setzen, die ihr obliegenden Ausgaben zu bestreiten, bald eine temporäre Belegung des Viehs (Viehschatz), bald ein Pflug- oder Scheffelschatz, bald eine allgemeine Consumtions-Steuer von Bier, Wein, Tabak u. s. w. bewilligten. Dabei war es aber Grundsatz und wurde wiederholt auch von der Regierung anerkannt, daß die Bewilligung und Erhebung des Schatzes, welche letztere dem von den Ständen eingesetzten Schatz-Collegium oblag, ohne Consequenz und unabbrüchig den ständischen Rechten, geschehe, und daß namentlich eine Erweiterung desselben und sogar die Aufbringung von Reichs- und Fräulein-Steuern von dem freien Consense der Stände abhänge. Ebenso blieb es Grundsatz und ward namentlich durch den ülzner Landtags-Abschied v. 26. Nov. 1592, Art. 3 [3]) anerkannt, daß die Kosten der Regierung, Hof- und Haushaltung der Herzöge in der Hauptstadt und bei den Aemtern, wie auch der Unterhalt der fürstlichen Brüder und Schwestern aus dem ordentlichen Einkommen des Landesherrn, d. h. aus den Domänen und Regalien, sollen bestritten werden.

---

1) Jüngster Reichsabschied v. 1654, §. 180. 181. — Kais. Resol. v. 1670, bei Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, Th. VII. S. 993 f. — Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. IV. §. 547.

2) Pütter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte, Th. I. S. 126 f.

3) Jacobi a. a. O. S. 334. — Vrgl. Strube, Observ. juris, Nr. IV. §. 12. De stricto jure autem status provinciales minime obligati sunt, principi exhibere tales impensas, quamdiu ex bonis cameralibus sumi queunt.

Auch in den neuen hannöverschen Landen trat fast überall dasselbe Verhältniß ein. Wie in Lüneburg das Schatz-Collegium entstanden war, so in Ostfriesland das Administratoren-Collegium. Auch hier und ebenso in Osnabrück hatten die ersten Steuern zum Zwecke, dem Kammer- und Tafelgute die Lasten der Verwaltung zu erleichtern, sei es durch Uebernahme von Schulden oder durch Beiträge, welche sich zum Theil wieder in Schuldübernahmen verwandelten, wie in Ostfriesland, wo die osterhoutischen Accordgelder auf diesem Wege berichtigt wurden, oder durch Ankauf von Immobilien zur Vermehrung des Tafelguts, wie in Osnabrück [1]).

Allerdings ist das Subsidiar-Princip durch Vermehrung der Steuern und dadurch, daß eine Anzahl von Ausgaben bleibend auf die Landescasse übernommen werden, etwas verdunkelt worden. Allein die Subsidiarität der Steuer schließt einen großen Betrag derselben nicht aus, welcher vielmehr durch die relative Größe der Staatsausgaben und die daraus hervorgehende Unzulänglichkeit der Kammereinkünfte von selbst bedingt ist. Auch daß die Steuer, welche ursprünglich nur in Nothfällen verwilligt wurde, nach und nach eine ordentliche Abgabe von sehr großem Umfange geworden, und daß davon solche öffentliche Einrichtungen unterhalten werden, wofür sonst die Beden und Vogtrechte als Gegenleistungen dienten, die doch gleichfalls meist noch fortbestehen, ist nicht zu läugnen. Allein schon in frühern Zeiten betrugen die öffentlichen Abgaben zuweilen sehr viel, wie denn Spittler [2]) berechnet, daß unter Kurfürst Ernst August zu Ende des 17. Jahrhunderts allein die unmittelbaren Steuern einen armen Häusling mit Frau und zwei Kindern über 14 Jahren, ohne den Besitz des geringsten Stücks Landes oder Viehs, jährlich mindestens 9 Thlr. betroffen, worunter Schutzgeld 1 Thlr., Brodkornlicent 3 Thlr., Kopfgeld 4 Thlr. Schwer begreiflich ist es freilich, wie die Bevölkerung eines Landes, das nicht durchaus zu den ergiebigsten gehört, bei dem rühmlichsten Fleiße, der seine Bewohner auszeichnet, solche und andere Abgaben neben den grundherrlichen Lasten, welche in den alten hannöverschen Provinzen gleichfalls sehr drückend sind [3]), lange Kriegsjahre hindurch

1) Stüve, Ueber die Lasten des Grundeigenthums, S. 48.

2) Geschichte von Kalenberg, a. a. O. Th. VII. S. 275.

3) Carstens, De success. villicali in Ducatu Luneb. Goett. 1763. §. 17—22.

erschwingen konnte. Aber glücklicher Weise sind diese nun vorüber, und wenn dessenungeachtet immer noch viel von den Unterthanen an directen und indirecten Steuern verlangt wird [1]), so ist dieß die natürliche Folge davon, daß auch an den Staat von Innen und Außen jetzt größere Forderungen gemacht werden.

Uebrigens bildete bis zuletzt der ordinäre Landesbeitrag ad statum militiae [2]) die Hauptausgabe der Landescasse, ohne daß jedoch, wie vormals mit Bezug auf die Reichsgesetze verlangt worden, die Stände allein den Militär-Aufwand zu bestreiten gehabt hätten; denn auch aus der Domänencasse ward immer noch ein Zuschuß in die Kriegscasse gegeben (von 381,111 Thlr. 13 gGr.), welcher theils auf die von Sr. Majestät dem König Georg III. nach Beendigung des siebenjährigen Kriegs erfolgte Uebernahme, theils auf ein der Kriegscasse überlassenes meklenburgisches Occupations-Capital sich gründet [3]). Außer dem Militäraufwand liefen auf dem Budget der Landescasse seit 1815 allerdings auch noch andere Ausgaben für das Landdragoner-Corps, das Oberappellationsgericht, die Universität, Industrie-Anstalten, Wasserbau, welche ihrer Natur nach die königliche Casse oder die Klostercasse treffen würden. Allein auch diesfalls waren theils Vorgänge, theils ausdrückliche Verpflichtungen zu berücksichtigen, wie denn schon im vorigen Jahrhundert für die Universität Göttingen 6000 (1832: 24,000 Thlr.), für das Oberappellationsgericht 10,396 Thlr. (jetzt 58,486 Thlr. 16 Gr.), für das Hofgericht 3,760 Thlr. u. s. f. von den Steuern bezahlt wurden [4]). Der ganze Aufwand der allgemeinen Landescasse für diese Neben-Rubriken belief sich übrigens im Jahr 1815 nur auf 93,841 Thlr. [5]) und 18$^{33}/_{34}$: 294,222 Thlr. 20 gGr. [6]), wäh-

---

Lünzel, Die bäuerlichen Lasten im Fürstenth. Hildesheim, S. 16 f. — Stüve, a. a. O. S. 81 f., 119 f. — Heine, Nachweisungen z. Rechte der Gutsherren und Bauern im K. Hannover. Lüneb. 1831, S. 22.

1) Von 18$^{32}/_{33}$ zus. 3,319,886 Thlr., 18$^{33}/_{34}$: 3,073,611 Thlr. Actenstücke des Landtags v. 1834, Th. I. S. 119. 88.

2) 1,400,000 Thlr. Actenstücke v. 1832, S. 700. 701.

3) Actenstücke v. 1834, S. 209. — Eingabe an die B.-B., S. 60.

4) Spittler, a. a. O. Th. VII. S. 271.

5) Actenstücke des prov. Landtags II. S. 151. — Vrgl. Stüve, Vertheidigung des Staatsgrundges. S. 270.

6) Actenstücke v. 1834, S. 344—347.

rend die Ausgaben der königlichen Generalcasse und der General-Salariencasse für die verschiedenen Departements, ausschließlich des Militärs, in dem General-Etat von 1832 veranschlagt waren zu 2,817,943 Thlr. 21 gGr. [1]).

Auch daß die königliche Casse zu dem Militär-Etat nur einen „Zuschuß" lieferte, kann darum nicht als ein Abgehen von dem Subsidiarprincip angesehen werden, da schon in dem jüngsten Reichsabschiede von 1654 (§. 180 u. 181) unter Anerkennung eben dieses Princips die Verbindlichkeit der Unterthanen, zur nothwendigen Landesvertheidigung einen hülflichen Beitrag zu leisten, anerkannt ward [2]). Ebensowenig läßt der Umstand, daß die königlichen Domänen selbst einen auf die Summe von 70,000 Thlr. erhöhten Beitrag zu den von der Landescasse übernommenen Ausgaben lieferten, indem sie gleich andern Gütern der Grundsteuer unterworfen wurden, darauf schließen, daß die ursprüngliche Bestimmung der Domänen, zu den Bedürfnissen des Landes verwendet zu werden, aufgehört habe; vielmehr liegt hierin nur die Anerkennung, daß dieselben auch denjenigen besonderen Zwecken, wozu die Steuern verwendet worden, nicht fremd seien, wie denn solche Beisteuern des Landesherrn zu den landschaftlichen Ausgaben in andern Ländern öfters vorkamen und selbst in den Reichsgesetzen anbefohlen worden [3]). Nur ergiebt sich auf der andern Seite von selbst, daß, je mehr die landesherrliche Casse für Steuerzwecke in Anspruch genommen wird, um so weniger dieselbe die ihr eigenthümlichen Ausgaben zu bestreiten vermag. Daher werden die hannöverschen Stände die Bemerkung in dem königlichen Schreiben vom 28. Dec. 1819 [4]) gewiß sehr einleuchtend gefunden haben:

> daß der ganze Ertrag der Domänen und übrigen Einnahmen der Generalcasse im Lande verbleibe und zum Besten desselben verwandt werde, und daß diese Einnahmen nicht in der Maße, wie solches geschehn, zur Verwaltung und zu den Bedürfnissen des Landes würden

1) Actenstücke v. 1832, S. 112 f.
2) Vrgl. Eichhorn, a. a. O. §. 547.
3) Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 210 f. — Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 450, Note 11.
4) Actenstücke v. 1820, S. 77.

verwandt werden können, wenn der Hof in Hannover anwesend wäre, oder wenn die Mitglieder der königl. Familie aus denselben unterhalten werden müßten.

Gleichwie denn auch der ebendaselbst aufgestellte Unterschied zwischen Landes= und Domanial=Cassen in die Augen springt:

daß bei den ersteren, freilich immer mit nothwendiger Rücksicht auf die Steuerkräfte der Unterthanen, zunächst das Bedürfniß, also die Ausgabe, die Einnahme, d. i. den Betrag der zu fordernden Steuern, bestimme, bei den letzteren hingegen die Ausgabe lediglich nach den vorhandenen Einnahmen sich richten müsse.

II. Sind die Domänen Staats= oder Privateigenthum?

§. 1. Ansichten der Schriftsteller und Particular=Rechte.

Während die größere Zahl älterer und neuerer Staatsrechtslehrer die Kammergüter für Privat=Eigenthum der regierenden Familie erklärt, jedoch mit der inhärirenden Bestimmung, zunächst zur Unterhaltung des Hofstaats und zur Bestreitung der Landesbedürfnisse verwendet zu werden [1]), nehmen dagegen Andere dieselben als Eigenthum der moralischen Person des Staats in Anspruch [2]); Dritte endlich unterscheiden zwischen Domänen und Kammergütern, indem sie das Eigenthum an ersteren dem Staate, an letzteren der regierenden Familie zuschreiben [3]).

1) Pütter, Institutiones juris publ., §. 191. — J. J. Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 209 f. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 22. — Mauernbrecher, Deutsches Staatsrecht, §. 201 a. E.

2) Posse, Ueber die Sonderung reichsständischer Staats= und Privatverlassenschaft. Gött. 1790. S. 43. — J. R. v. Roth, Staatsrecht deutscher Reichslande, Th. II. Frankf. u. Lpzg. 1792. S. 29. — Florencours, Etwas über die Natur, die Veräußerung und Verschuldung der Kammergüter deutscher weltlicher Reichsstände. Helmstädt 1795. — v. Kamptz a. a. O., §. 11 (wo das am Ende stehende Wort: Privatvermögen in Staatsvermögen zu verwandeln ist). — Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 133.

3) Schreber, Von Kammergütern, 2. Aufl. Lpz. 1754. §. 4. 5. — Häberlin, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Th. II., S. 14. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 80—82.

Ebenso abweichend wie die Schriftsteller sind auch die Gesetzgebungen, welche in neuerer Zeit das Rechtsverhältniß der Kammergüter bestimmt haben. Während in einzelnen Staaten dieselben ausdrücklich zu Staatsgütern erklärt worden sind, wie namentlich in Baiern, im Königreich Sachsen, hat man sie anderwärts als Eigenthum der regierenden Familie anerkannt, jedoch so, daß der Ertrag ausschließlich oder vorzugsweise zum Unterhalte des Hofs und der übrigen Familie sollte verwendet werden, z. B. in Nassau, Sachsen-Weimar, Baden, Sachsen-Koburg. In weiteren Staaten endlich ist ein Mittelweg eingeschlagen worden, indem ein bestimmtes Familiengut (Hofdomänen, Hausschatz) von den dem Staate überlassenen Domänen ausgeschieden und der besonderen Verwaltung des Regenten als Familien-Oberhaupts vorbehalten ward, z. B. in Württemberg und in den beiden Hessen [1]).

Diese Sonderung zwischen einem Staats- und Privatkammergut ist neuen Ursprungs; denn wenn schon auch in den letzten Jahrhunderten mehrfältig einzelne neu erworbene Güter der Regenten von den Kammergütern abgesondert, der Kammer nicht incorporirt wurden, so war der Grund hievon nicht der, weil man sich die Kammergüter in den Händen des Staats dachte — ein Begriff, der überhaupt dem frühern jus publicum fremd ist —; sondern weil der Landesherr gewisse Einkünfte unter seiner unmittelbaren Verwaltung und nicht in rentkammerlicher Verrechnung haben wollte. Häufig waren diese Güter von dem eigentlichen Kammergute auch insofern unterschieden, als sie dem Lande, d. h. der Landschaft, nicht incorporirt waren, was jedoch nur so viel besagte, daß auf dieselben die landschaftliche Steuercasse kein Contributionsrecht habe, während ein solches gegenüber von den Kammerbauern den Ständen allerdings in der Regel zustand, und sogar die landesherrliche Kammer selbst vertragsmäßig hier und da einen Beitrag zu geben hatte [2]). Dagegen übte der Landesherr auf diesen Gütern, wofern sie nur nicht einem andern Lande

1) Vergl. Klüber, a. a. O, §. 333, Note d. — Mauernbrecher, a. a. O., §. 201, Note q.

2) Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 212 f., 210 f.

angehörten, ebensowohl die Landeshoheit aus, wie auf den Kammergütern, und von bloßen Privatgütern im Gegensatz zu Staatsgütern kann daher auch in dieser Beziehung so wenig die Rede sein, als, wie Häberlin will, von Domänen qua Staatsgütern im Gegensatz zu Kammergütern, ein Gegensatz, den er sich überhaupt erst geschaffen hat, da „Domaine" im Französischen (domaine de la couronne) früher nichts Anderes bedeutete, als unser deutsches Wort: „Kammergut"[1]). Zwar ist schon im 17. Jahrh. zu Folge der Verschwendung, welche sich manche Regenten mit den öffentlichen Einkünften erlaubt haben, in mehreren Reichen, namentlich in England und in dem Wahlreich Polen, eine bleibende Trennung des Staatsvermögens von dem Einkommen des Landesherrn vorgenommen worden; und ebenso wurden in Frankreich zu Folge der Revolution die früheren Domänen der Krone zu Staatsgut (domaine public, dom. national) erklärt, wobei es bis jetzt geblieben ist[2]). Allein in Deutschland ist diese Einrichtung, wonach dem Regenten die unmittelbare Verwaltung der Landeseinkünfte abgenommen und dagegen zu seiner Subsistenz und zum Unterhalte der Gesammtfamilie eine sogen. Civilliste in Naturalgenuß und bestimmten Geldeinkünften angewiesen wird, erst seit dem gegenwärtigen Jahrhundert in einzelnen Staaten nachgeahmt worden; und so nützlich sie sich auch hier für den Staatshaushalt und für den Staatscredit bereits erprobt hat, so kann man sie doch, wie aus dem Obigen hervorgeht, derzeit nicht als Regel, sondern nur als Ausnahme betrachten.

Auf der andern Seite vermögen wir das Eigenthum an dem Kammergute ebensowenig für ein bloßes Privat-Eigenthum der fürstlichen Familie zu halten; vielmehr scheint es uns, daß der Landesherr als solcher von jeher ausschließlich zur Verfügung über das Kammervermögen und die Kammereinkünfte berechtigt und nur in der Ausübung dieses Rechts durch die eventuellen Rechte der Agnaten einigermaßen beschränkt gewesen. Zwar findet sich diese Ansicht bei den Schriftstellern nirgends mit folge-

---

1) Vergl. Merlin, Repertoire de jurisprudence, V. Domaine de la Couronne.

2) Merlin, l. c., V. Dom. public.

rechter Bestimmtheit ausgeführt, welche sich vielmehr hauptsächlich nur in die beiden Gegensätze: Staats- und Familien-Gut theilen. Dennoch steht die Mehrzahl derselben nicht geradezu damit in Widerspruch. Die Einen wie die Andern bestreiten nämlich immer nur die entgegengesetzte Ansicht, ohne eine in der Mitte liegende dritte auszuschließen. So spricht H. Grotius[1]) allerdings von einem patrimonium populi, cujus fructus destinati sunt ad sustentanda rei publicae, aut regiae dignitatis onera, welches von den Königen weder ganz, noch theilweise veräußert werden könne. Allein unbeachtet ist geblieben, daß Grotius hier das römische patrimonium populi im Auge hat und an einer andern Stelle[2]) von dem Volksstaate den Patrimonialstaat deutlich unterscheidet, indem er sagt:

> Sicut autem res aliae, ita et imperia alienari possunt ab eo, cujus in dominio vere sunt, i. e. a rege, si imperium in patrimonio habeat: alioquin a populo, sed accedente regis consensu; quia is quoque jus aliquod habet, quale usufructuarius, quod invito auferri non debet.

Patrimonialstaaten in jenem Sinne sind aber die monarchischen Territorien in Deutschland noch jetzt; denn überall hat der Regent ein eigenes Recht auf die Regierung und selbst ein, wenn schon hie und da, namentlich jetzt durch den Bund, beschränktes Recht zur Veräußerung des Landes oder einzelner Bestandtheile[3]). Wird aber der Regent als Landesherr (dominus terrae) wenn schon nicht im privat-, doch im staatsrechtlichen Sinne angenommen, und wird ihm namentlich, wie in obiger Stelle von Grotius, das Recht zur Veräußerung des Landes selbst beigelegt, so kann es wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß er auch Eigenthümer des Kammerguts und als solcher hierüber zu verfügen befugt sei.

Uebereinstimmend hiermit äußert denn auch Leyser[4]), ursprünglich seien alle landesherrlichen Güter in Deutschland Patrimonialgüter gewesen, worüber der Landesherr sowohl in Ansehung

---

1) De jure belli et pacis, lib. III. cap. 6. §. 11.
2) §. 3. l. c.
3) Vergl. Württ. Verf.-Urk., §. 2. — Hannöversches Grundgesetz, § 1.
4) De assentationibus Jurisconsultorum, cap. III. sect. 2; cap. IV. §. 3 seq.

des Eigenthums als des Gebrauchs habe verfügen können, wofern er sich nicht dieses Rechts durch besondere mit den Ständen und Unterthanen geschlossene Verträge begeben. Hiermit stimmt nun freilich nicht überein, was derselbe Schriftsteller an einem andern Orte [1]) sagt:

> illicitas esse et nullas rerum fisci alienationes, quippe quibus rei publicae patrimonium imminuitur.

Hiernach scheint Leyser [2]) gleich Andern das römische Domanialrechtssystem, welches jedoch bekanntlich noch unter Justinian eine andere Gestalt erhielt, und niemals eine völlige Unveräußerlichkeit der fiscalischen Güter mit sich brachte, auch in Deutschland für anwendbar gehalten zu haben, während, wie er selbst in der obigen Stelle zugiebt, sich hier ein ganz anderes Rechtsverhältniß schon vor Aufnahme des römischen Rechts bereits gebildet hatte.

Indessen ward das Streben der Schriftsteller, ein Staats- oder (vel) ein Familieneigenthum an dem Kammergute darzuthun, hauptsächlich dadurch unterstützt, daß man dem Landesherrn eine freie Veräußerungsbefugniß einzuräumen nicht für räthlich hielt. Während daher Einzelne, z. B. Pfeffinger [3]), mit der Analogie des römischen Dotalfundus die Unveräußerlichkeit des Domaniums als einer Staatsausstattung (individua dos reipublicae) zu begründen suchten, beriefen sich Andere auf einen Fideicommiß-Nexus, wodurch die Verfügung über dasselbe zu Gunsten der Familie eingeschränkt sei.

Aber auch ein unbeschränktes Dispositionsrecht des Landesherrn wird als Regel angenommen von Strube [4]), und J. J. Moser [5]) bemerkt nur: „daß das dem Landesherrn privative zustehende Eigenthum der Kammergüter nicht hindere, daß nicht durch Landesverträge oder ein rechtskräftiges Herkommen in diesem oder jenem Lande üblich sein könnte, daß auch die landesherrlichen Kammergüter zu denen allgemeinen Landesbeschwerden das Ihrige mit beitragen müßten."

---

1) De fisco, p. 14.
2) Vergl. p. 7 eod.
3) Vitriarius illustratus, tom. III, p. 1353.
4) Rechtl. Bedenken, Bd. II., Nr. 1. §. 4.
5) Von der Reichsstände Landen, S. 210.

Einige Schriftsteller sagen denn auch geradezu, daß der Landesherr als solcher Eigenthümer sei, z. B. G. L. Böhmer, Principia juris feudalis, §. 60.

In Provinciis Germaniae praeter jura territorialia existunt bona Cameralia, ad tuendam status imperii, qua talis, dignitatem destinata. — — In territoriis secularibus bona Cameralia pertinent ad jus proprium status imp. cujus est territorium, tum vi infeudationis ab imperio factae, tum vi alterius cujuscunque acquisitionis, qua bona acquisita, accedente incorporatione, Cameralia efficiuntur.

Ebenso Selchow, Elem. juris publ. germ., §. 416.

Bona Cameralia in pleno principum dominio sunt, nec probari potest, ea unquam a civibus territorii ad alendos principes comparata, et supremum dominium territorio reservatum esse.

In allen diesen Schriften ist nun zwar die Ansicht von dem landesherrlichen Eigenthum der Annahme eines Staatseigenthums gegenübergestellt; allein nur um die letztere Annahme, nicht aber die eines Privat-Eigenthums auszuschließen. Was dagegen v. Kamptz a. a. O. §. 11 und 12 ausführt:

„daß die deutschen reichsständischen Kammergüter ein Theil des Staatsvermögens der reichsfürstlichen Häuser sind,"

ist zwar ganz geeignet, unserer Ansicht als Stütze zu dienen, nur darf man nicht außer Augen lassen, daß unter Staatsvermögen hier nicht ein Vermögen des Staats oder Landes, sondern das reichsfürstliche Vermögen verstanden ist, gleichwie unter Landes- oder Staatshoheit nicht das Recht des Staats oder Landes, sich selbst zu regieren, sondern das Recht den Staat zu regieren.

Sehr richtig beginnt in dieser Hinsicht Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 450:

Zwischen Staats- und Privateigenthum in der Mitte stehen die Kammergüter deutscher Fürsten*).

*) Damit stimmt überein Pütter, Inst. juris publ., §. 190: „sunt jura Bonaque Domini territorialis Patrimonialia, quae nullius Privati in patrimonio sunt, quorumque utilitatem aeque ac privatus quilibet bonorum possessor dominus territorialis percipit.

Was er aber weiter von einem Privateigenthume der regierenden Familie bemerkt, steht theils im Widerspruch mit dem Vorausgeschickten, theils wird es wenigstens durch die dafür angeführten Beweisgründe, z. B. Contributionspflicht zum deutschen Reiche, Pflicht des Beitrags zu den Landesausgaben, nicht widerlegt.

Unter den neueren Rechtslehrern vertreten zwar wieder Klüber und Mauernbrecher (a. a. O.) die beiden Hauptgegensätze, doch spricht der Letztere [1]) unbestimmt auch wieder von einem Kronfideicommiß und Staatseigenthum zugleich, wodurch in der That keine der möglichen Meinungen ausgeschlossen ist. Schmalz [2]) dagegen nennt die Domänen die eigentlichen Güter des Landesherrn. Er erklärt sich zwar hierbei nur dagegen, daß dieselben in neuern Zeiten durch ungereimte Fiction oft als Nationalgut (Staatsgut) angesehen worden seien; allein, indem er zugleich sagt, daß sie wahres wirkliches Eigenthum der Fürsten seien, und an einer andern Stelle [3]) alles, was ein Souverain besitzt, als der Souverainetät anhängig betrachtet, kann er in der That für eine mittlere Ansicht angeführt werden, wiewohl er auf der andern Seite darin wieder zu weit geht und sich sogar selber widerspricht, daß er dasjenige, was ein Souverain von Ersparnissen, besonders für seine Chatoulle zurückgelegt hat, „nicht minder zum Schatze des Staats" (?!) rechnet, und daß er jedes Testament eines Souverains nur dann gelten läßt, wenn der Nachfolger nach dem Antritte der Regierung es anerkenne, während im Uebrigen dieser Nachfolger alle Verbindlichkeiten seines Vorfahren anzuerkennen verpflichtet sein soll.

Auch der Verfasser der einzigen Abhandlung, welche seit langer Zeit dem Gegenstande gewidmet worden, G. Schneider [4]), glaubt „das noch gültige Eigenthumsrecht der deutschen Fürsten an ihren Ländern und Einkünften" außer Zweifel gestellt zu haben, wobei freilich zu bedauern ist, daß gerade die öffentliche Bedeutung

---

1) Deutsches Privatrecht, §. 154.

2) Deutsches Staatsrecht, §. 224. 471. 472.

3) A. a. O. §. 287—289.

4) Ueber Kammergüter und Civillisten deutscher Fürsten, Leipzig 1831. S. 20.

des Fürstenguts [1]) und dessen Belastung mit den Landesausgaben, welche die Erklärung desselben zu Staatsgut, trotz der Abmahnungen des Verfassers, auch in dem Königreiche Sachsen räthlich gemacht hat, nicht mehr als geschehen hervorgehoben worden.

Zunächst spricht für diese öffentliche (landesherrliche) Natur des Kammerguts der gemeinrechtliche Grundsatz, daß die Landesausgaben zunächst aus den Kammereinkünften zu bestreiten, und nur subsidiär allenfalls, d. h. soweit diese Einkünfte nicht ausreichen, durch Steuern der öffentliche Bedarf aufzubringen sei [2]); denn wenn das Kammergut Privatgut der Familie gewesen wäre, so würde sich der jeweilige Inhaber, beziehungsweise die Erbberechtigten, dieser Beschwerung jederzeit haben entziehen können.

Ein zweiter Grund, warum die fürstlichen Kammergüter nicht als gewöhnliches Kammergut, sondern als landesherrliches Eigenthum zu betrachten sein möchten, ist der, daß nahezu in allen vormaligen Reichsländern wenigstens irgend einmal ein Mitaufsichtsrecht der Stände und selbst eine Controle über Verwendung und Veräußerung des Kammervermögens anerkannt und ausgeübt worden, wie z. B. in Württemberg schon im Jahr 1273 zur schenkungsweisen Abtretung einer Burg von Seite der Grafen der Rath und die Einwilligung der Ministerialen eingeholt ward [3]). Ferner spricht für die landesherrliche Natur der Kammergüter die Analogie der kaiserlichen Domänen, welche „zur Unterhaltung des Reichs und der römischen Kaiser" bestimmt waren [4]), ebenso das Verfahren, welches bei dem Abgange eines Regenten in Sonderung des öf-

---

1) Daß hier und in dem Folgenden von einer öffentlichen Natur des Kammerguts die Rede ist, ungeachtet das Eigenthum an diesem dem Landesherrn zugeschrieben wird, und nicht dem Staate, kann nach der Analogie der Landeshoheit nicht auffallen, welche gleichfalls ihrem Subjecte nach ein Privat-, ihrem Wesen nach aber ein öffentliches Recht ist.

2) Strube, Obs. juris, Nr. IV, §. 12. — Rechtl. Bedenken, Bd. II. Bedenken 1, §. 4. 5. 7. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 207 und 208.

3) Sattler, Geschichte der Grafen von Württemberg, 1. Forts., Beilage Nr. 4: „praehabito consilio ministerialium nostrorum et consensu."

4) Wahlcapitulation, Art. II, §. 10 u. 11.

fentlichen und Privatvermögens beobachtet wird, indem die Kammereinkünfte gewöhnlich zu dem ersteren gerechnet werden [1]).

Was uns aber hauptsächlich zu obiger Ansicht bestimmt, ist, daß die Kammergüter und die damit zusammenhängenden Rechte, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, großentheils auch von dem Landesherrn als solchem erworben, oder doch mit den eigentlich landesherrlichen Rechten dergestalt vermischt worden sind, daß sie deren Natur angenommen haben.

§. 2. Von der geschichtlichen Natur der deutschen Kammergüter und der hannöverschen Domänen insbesondere.

Die Kammereinkünfte der deutschen Fürsten beruhten ursprünglich auf dreierlei Gütern:

1) auf Amtslehen, d. h. alten Reichsgütern, welche die Landesherren als Mitgabe zu dem bekleideten Reichs-, insbesondere Fürstenamte geliehen erhalten hatten;

2) auf rechten Reichslehen, wofür sie dem Reiche zum gemeinen Lehendienste verpflichtet waren, und

3) auf Allodien oder Erbgütern, woran den Besitzern das Eigenthum zustand, woraus sie aber gleichfalls als Folge der ursprünglich allgemeinen Contributions- und Heerbannspflicht zu den auf den Reichstagen verabschiedeten Reichsabgaben und Reichsheerfahrten verbunden waren.

Sowohl die Güter Nr. 1, als die Nr. 2 hatten eine öffentliche Bestimmung. Denn das Wesen des herzoglichen oder Fürstenamts bestand gerade in der Befugniß, die in dem Fürstensprengel gelegenen Reichsgüter als Reichsafterlehen auszuleihen und die Belehnten zu des Reichs Diensten aufzubieten [2]).

Und diese Bestimmung blieb auch, nachdem die alten Reichsämter und Reichslehen erblich geworden waren und die Landeshoheit sich daraus hervorgebildet hatte. Im Gegentheil kamen jetzt noch weitere nutzbare Rechte hinzu, welche nicht minder den

1) v. Kamptz a. a. O., S. 27. Zuweit geht Schmalz, Deutsches Staatsrecht, §. 287. S. dagegen Posse, Ueber die Sonderung reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft. Gött. 1790. S. 145.

2) Sächs. Landrecht, Buch 3, Art. 52. 58. — Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 290. 294.

öffentlichen Charakter an sich trugen, namentlich die Regalien (Münzen, Zoll, Judenschutz) und die schutzherrlichen Befugnisse über die Landesinsassen. Auch mußte dieser öffentliche Charakter seit dem 14. Jahrhundert um so bestimmter hervortreten, je mehr man sich daran gewöhnte, den Grund der landesherrlichen Gewalt durchweg in der kaiserlichen und das Fundament der Reichsverbindung in dem Lehensnexus zu suchen; was zugleich die Folge hatte, daß zuletzt gewöhnlich das ganze Aggregat von Besitzungen eines mächtigeren Hauses zu einem einzigen lehenbaren Fürstenthume zusammengezogen ward.

Die Allodien oder Stammgüter (Nr. 3) waren zwar ursprünglich von dem Amtsgute und von dem Lehen genau unterschieden; allein seitdem diese beiden gleichfalls erblich geworden, hatte die Sonderung, zumal was ihre Verwaltung und die Verwendung ihrer Einkünfte betrifft, weniger Interesse. Da nämlich ihre Besitzer durch die Erhebung zur reichsständischen Würde zu größerem Glanze und daher auch zu größerem Aufwande veranlaßt waren, so ergab es sich sehr natürlich, daß auch die Einkünfte aus den Allodien, worüber der jeweilige Inhaber immer beliebig disponiren konnte, hierzu verwendet wurden, und selbst eine Veräußerung des Allods zur Erhaltung des lehenbaren Landes mußte als echte Noth entschuldigt werden, da ja in dem Lehen nun gleichfalls die Familie succedirte und der Glanz, welcher auf das regierende Familienhaupt fiel, zugleich auf die Mitglieder der regierenden Familie reflectirte. Wenn daher auch je das binnen Jahr und Tag von der Veräußerung an erlöschende Widerspruchsrecht des Erben nach deutschem Rechte [1]) zu einem gleichsam unverjährbaren (weil suspendirten) Revocationsrechte aller und jeder Nachfolger mit dem Feudisten dürfte gemacht werden [2]), so mochte sich die Familie doch wohl nicht entgegensetzen, wenn das ursprüngliche Privatgut mit dem Fürstengute zu einer Masse verbunden wurde, zumal da die Allodialgüter, welche allerdings bei manchen Fürstenhäusern früher von großem Umfange gewesen, zum Theil von Schenkungen kaiserlicher Domänen herrührten, oder aus Ueberresten alter Herzog-

1) Sächs. Landr., Buch 1, Art. 52. — Schwäb. Landr., Art. 312.
2) Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr., §. 228. 369.

thümer und Grafschaften, welche, obgleich dem Reiche gehörig, der Besitzer sich angeeignet hatte, und deren Lehenbarkeit erst später zuweilen wieder hervorgesucht wurde, und da auch mit den alten Patrimonialgütern des Adels gewöhnlich schon Immunitätsrechte, also gleichfalls solche Befugnisse verbunden waren, welche aus der öffentlichen Gewalt hergeleitet werden. Uebrigens ist auch auf diese Allodialgüter der Reichslehens-Nexus in Folge freiwilliger Oblation meist erstreckt worden, so daß zuletzt die Allodialität nur noch eine Ausnahme bildete.

Hiernach ist es denn nicht bloß klar, was bereits oben bemerkt worden, daß der Landesherr die Mittel zur Bestreitung der Landesausgaben nur in denjenigen Einkünften suchen konnte, welche ihm zur Verwaltung des Fürstenamts und zur Bestreitung des Reichsdiensts ursprünglich angewiesen waren, oder später diese Natur annahmen, sondern es ergiebt sich auch noch weiter, daß die landesherrlichen Einkünfte, mögen sie nun auf Gütern oder nutzbaren Rechten beruhen, mit der **Landeshoheit** mittelbar oder unmittelbar zusammenhängen, wie sie denn auch unter verschiedenen Namen (Nutzen, Renten, Güter, hohe und niedere Gerichte, Wasser, Straßen, Geleite, Zölle, Salzflüsse, Erz- und Bergwerke, Mannrechte, Wildbänne, Münze, Gebote und Verbote, und alle anderen Gerechtigkeiten unter und über der Erde) in den Lehenbriefen als Zubehörden der Herzogthümer angeführt und verliehen wurden, folglich nur mit diesen und in gleicher Eigenschaft vererbt werden konnten" *).

Dazu kommt, was die späteren Erwerbungen betrifft, daß sie nicht sowohl durch Anwendung von Privatmitteln als vielmehr der Landeskräfte, namentlich mittelst der im Lande aufgebotenen und aus den Landeseinnahmen, insbesondere aus den Steuern, unterhaltenen Mannschaft gemacht wurden, und wenn auch hier und da ein Zuwachs durch Kauf erfolgte, so wurden doch die nöthigen Summen direct

*) Vgl. Goldene Bulle v. J. 1356. cap. 20. §. 1: „quod jus, vox, officium et dignitas, alia quoque jura, ad quemlibet Principatum eorundem spectantia, cadere non possint in alium, praeter illum, qui **Principatum** ipsum **cum** terra, vasallagiis, feudis et **dominio** ac ejus pertinentiis universis dignoscitur possidere."

oder indirect wieder vom Lande aufgebracht. Ebenso ist auch schon, was die früheren Jahrhunderte betrifft, bekannt, daß in der Regel nicht die vom Landesherrn belohnte Dienerschaft, sondern das Land selbst es war, welches ihm seine Herrschaft und seine Einkünfte zu Zeiten der Noth bewahrte oder einlöste [1]).

Alles Vorstehende gilt nun insbesondere auch von den Domänen des Königreichs Hannover. Mit sämmtlichen Landschaften, welche nach und nach an das braunschweigische Haus kamen, waren ohne Zweifel Einkünfte aller Art für den Erwerber verbunden, namentlich grund- und lehensherrliche Rechte, vogteiliche Gefälle, Beeten u. s. w. Der Ertrag dieser Rechte mag schon zu der Zeit (1235), als Herzog Otto, der Enkel Heinrich's des Löwen, mit den vereinigten braunschweig-lüneburgischen Landen (Lüneburg, Braunschweig, Kalenberg, Grubenhagen und Göttingen) unter dem Namen: Herzogthum Braunschweig vom Kaiser belehnt wurde [2]), sehr bedeutend gewesen sein. Allein im Jahr 1267 wurden dieselben zwischen 2 Linien, der braunschweigischen und der lüneburgischen, getheilt und in der erstern im Jahr 1286 noch eine grubenhagische, in der letztern eine göttingensche Linie abgesondert. So kam es, daß auf einem Landesbezirke, welcher längst zu einer Einheit bestimmt war, die Spaltung in verschiedene Landschaften heimisch wurde, weil man sich nicht entschließen konnte, einzelne agnatische Interessen einem höhern Familien- und Landeszwecke unterzuordnen. Zwar waren diese Theilungen der Bedeutung des Fürstenthums entgegen, welcher gemäß die Landeshoheit über ein Fürstenthum oder eine Grafschaft untheilbar hätte sein sollen [3]). Allein je mehr sich

1) Eichhorn a. a. O. §. 427, S. 274. — Stüve, Vertheidigung des Grundgesetzes, S. 222, berechnet, daß für die kalenbergischen, lüneburgischen und hoyaschen Domänen gegen 3 Millionen an Schulden übernommen worden.

2) S. die Urkunde bei Pertz, Monum. Germ. Legum, tom. II. p. 318. Die Stadt Braunschweig war hienach zur Hälfte an den Markgrafen von Baden, zur Hälfte an den Herzog von Baiern, als Antheil ihrer Gemahlinnen an dem Welfischen Erbgut, gekommen und wurde nun vom Kaiser angekauft, um den Herzog damit zu belehnen. Nur Lüneburg ward dem Reiche von Herzog Otto zu Lehen aufgetragen. Vgl. Chron. Luneburgicum bei Leibnitz, Script. tom. III. p. 175.

3) Schwäb. Landrecht, Art. 21. „Man mag kein Fürstenamt mit Recht zweien Mannen gelihen. Geschhet aber es je, jedweder mag mit Recht nit ein Fürst davon geheissen noch geseyn.“

das Andenken des Amtsverhältnißes verlor, und die Erblichkeit der Landeshoheit und deren Zusammenhang mit dem Lande in den Vordergrund trat, desto leichter geschah es, daß auch das Amt und die Würde selbst, d. h. das Fürstenthum, die Grafschaft, der Theilung unterworfen wurden, zumal da, wo das Besitzthum aus verschiedenen vormaligen Fürstenthümern oder Grafschaften zusammengesetzt war, welche nur wieder hergestellt zu werden brauchten, um die früheren Amtstitel nebst Land und Leuten auf mehrere Erben zu übertragen [1]). So kam es, daß das braunschweig-lüneburgische Gesammthaus wegen seiner alten Lande mit 4 Stimmen in dem Reichsfürstenrathe betheiligt war: wegen Zelle, Kalenberg, Grubenhagen, Wolfenbüttel, aber auch vermöge des kleinen Umfangs dieser Fürstenthümer gegen andere jüngere Häuser im Ansehen zurücktrat, indem es die 16. 17. 18. u. 19. Stelle auf der weltlichen Bank einnahm, welche je nach dem Alter der regierenden Herren mit einander abwechselten [2]). Bei alle dem waren es indessen hauptsächlich die Stände, welche dazu beitrugen, daß die verwandten Theile wieder zusammen kamen. Unter ihrer Mitwirkung wurde der altlüneburgische Erbschaftskrieg (1369 — 1388) geschlichtet, und Lüneburg mit Braunschweig durch eine Erbeinigung verbunden; mit ihren Mitteln der von Brandenburg gefangene Herzog Bernhard nebst seinen Rittern freigekauft, und wichtige Pfandschaften eingelöst [3]).

Auch bei der göttingischen Linie war die Noth nicht gering, und nur durch Vermittlung der Landstände einem völligen Ruine zuvorzukommen, welchen i. J. 1435, nachdem Vieles von den Gütern verloren gegangen war, Herzog Otto der Einäugige die Landesadministration überließ, bis Herzog Wilhelm von Braunschweig sie ihnen abnahm, welcher dagegen das Erbschaftsrecht der lüneburgischen Linie anerkennen mußte, die anderer Seits den göttinger Landständen (19. Jun. 1463) versprach, daß das Fürstenthum Göttingen

1) Vergl. Eichhorn, Staats- u. Rechtsgeschichte, §. 301.

2) Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 150, S. 140.

3) Spittler, Geschichte des Fürstenthums Hannover in der Smlg. s. Werke von Wächter, Bd. VI, S. 54. — Ribbentrop, Beiträge zur Kenntniß der Verfassung des herzogl. braunschweig-lüneburg- wolfenbüttelschen Theils, Braunschweig 1787. S. 73. f. — Eichhorn, a. a. O. §. 399. 415.

nie getheilt werden solle [1]). Letzteres ist zwar nicht geschehen; vielmehr ward Göttingen nach dem Aussterben seines eigenen Regentenzweigs mit Kalenberg vereinigt [2]). Aber die Enkel Wilhelm's des Siegreichen, welcher Wolfenbüttel und Kalenberg zuletzt vereinigt besessen hatte, theilten diese beiden Fürstenthümer wieder (1491), und, als auch später der Zufall wollte, daß durch Aussterben der kalenbergischen Linie (1584) unter Herzog Julius das ganze braunschweigische Land zusammenkam, und durch das Erlöschen der braunschweigischen Linie die lüneburgische allein herrschend wurde (1634), ward die Trennung Braunschweig-Wolfenbüttels von den übrigen Landen durch den Theilungsvertrag vom 14. Dec. 1635 verewigt, welcher dem Herzog August, Stifter des jetzigen braunschweigischen Hauses, jenes Fürstenthum überließ [3]). War nun freilich diesen Theilungen von Seite der Stände nicht zu begegnen, so halfen doch Prälaten, Ritter und Städte stets getreulich mit, um Haus und Land vor dem oft genug drohenden Untergange zu bewahren, indem sie entweder Rückstände der landesherrlichen Kammer bezahlten, wie z. B. im Jahre 1614, wo die kalenbergischen Stände 6 Tonnen Golds fürstlicher Schulden übernahmen, oder, indem sie den Landesherrn unmittelbar in laufenden Ausgaben, namentlich Kriegslasten, unterstützten. So geschah es denn im 30jährigen Kriege, daß die kalenbergischen Stände auf Begehren des Herzogs eigene Deputirten ernannten, welche in dringenden Nothfällen nebst Deputirten der wolfenbüttelschen Stände den fürstlichen Räthen beistehen und die Gefahr mit übernehmen sollten [4]). Während so auf der einen Seite die Stände mittelst neu aufgefundener Hülfsquellen den Grundstock des Landes zu retten und zu erweitern trachteten, wurden anderer Seits die Landesherrn mitunter durch unvorhergesehene Erwerbungen begünstigt, welche jedoch mehrentheils wieder nicht ihre Person, sondern ihre Stellung als Reichsvasallen und Nachfolger im Herzogsamte angingen. Dahin gehören namentlich die Besitzungen, welche im 14. u. 15. Jahrhundert durch das Aussterben des größten Theils von dem zahlreichen Herrenstande zwischen

1) Spittler, a. a. O. S. 104 u. 105, Anm.
2) Spittler, a. a. O. S. 107.
3) Rippentrop, a. a. O.
4) Spittler, a. a. O. S. 318.

der Leine und der Weser als erledigte Lehen heimfielen [1]). Auch neue unmittelbare Reichslehen erlangten sie in den Grafschaften Hoya und Diepholz, von welchen die erstere im J. 1501 durch kaiserliche Belehnung erworben, die letztere aber kraft einer im J. 1518 erlangten Anwartschaft im J. 1585 in Besitz genommen wurde. Die Aussicht auf die nahe Vereinigung gestattete endlich im J. 1692 die gesammten Länder der zellischen und kalenbergischen Linie zum Kurfürstenthume zu erheben [2]).

Auf Lauenburg, welches in Folge einer alten Erbverbrüderung im J. 1689 an Zelle gekommen war, erstreckte sich diese Erhebung nicht; sondern erst im J. 1716 ward Georg I. damit vom Kaiser besonders belehnt, ungeachtet schon Kurfürst Ernst August sich mit Kursachsen wegen seiner behaupteten Anwartschaft abgefunden hatte. Daß die Stände auch hiebei, wie bei den kostspieligen Unterhandlungen um die Kurwürde, ins Mitleid gezogen wurden, ist wahrscheinlich; wenigstens erzählt Spittler a. a. O. S. 296: „Das Geld war bezahlt zu Wien, der Kurfürst noch ungewiß. Kaum 14 Tage nach ausgefertigtem Kurdiplom hatten schon die kalenbergischen Landstände 100,000 Thlr. verwilligen sollen; wer weiß wie viel Ernst August und Herzog Wilhelm selbst noch zulegten, bis die erste Hauptsumme nach Wien abgehen konnte."

Auch die Herzogthümer Bremen und Verden waren nicht in der Kurbelehnung begriffen, sondern wurden im J. 1715 durch Kauf erworben, indem Georg I. dafür 600,000 Thlr. an Dänemark und überdieß an Schweden im J. 1719 für den Consens 1 Million Thlr. zu bezahlen übernahm. Aber auch sie waren Reichslehen, und wie viel die Stände an der Kaufsumme beitrugen, ist zwar nicht bekannt, wohl aber, daß dieselben in dem vorausgegangenen Kriege, welcher zu diesen Erwerbungen, wie zu der der Kurfürstenwürde den Grund legte, dem Herzoge und nachherigen Kurfürsten Ernst August lange Zeit hindurch ganz außerordentliche Beisteuern bewilligten, und daß ebendamals (1686) der bekannte Licent eingeführt wurde, von dessen Ertrag allein monatlich 20,000 Thlr. für das Militär abgingen, zu einer Zeit, wo man sich an einen miles perpetuus und dessen

1) Eichhorn, a. a. O. §. 415, Note f. u. g.
2) Moser, Staatsrecht, Thl. XXXIII. S. 23 ff.

Unterhalt durch die Landschaft anderwärts noch nicht gewöhnt hatte [1]).

Jener Erwerb von Bremen und Verden ist auch noch dadurch merkwürdig, daß den Herzögen von Braunschweig-Wolfenbüttel als Mitbelehnten ein eventuelles Successionsrecht für den Fall des Aussterbens der hannöverschen Linie eingeräumt ward, jedoch mit dem Vorbehalte, daß alsdann die weiblichen Descendenten der letztern wegen der ausgezahlten Summe von 1,600,000 Thlr. zu entschädigen seien, welche Entschädigung durch das Publications-Patent v. 26. Sept. 1833, §. 1 [2]) auf die Schatullcasse übernommen worden. Vielleicht möchte diese Uebernahme als ein Beweis dafür angeführt werden, daß die fragliche Erwerbung aus Privatmitteln gemacht worden. Allein, wenn eines Theils die neue Stipulation überhaupt nicht rückwärts für die Art der frühern Erwerbung beweisen kann, zumal da nach dem Antrage der Stände die eventuelle Entschädigung der Krone obliegen sollte, und nur, um einer weitern Verminderung der Krondotation zu begegnen, dieselbe königlicher Seits auf das Privatgut übernommen wurde, so möchte im Gegentheil gerade in der Mitbelehnung der wolfenbüttelschen Linie und darin, daß von dem Thronfolger in Gemäßheit der früheren Hausverträge eintretenden Falls die Entschädigung geleistet werden soll [3]), ein Merkzeichen dafür gefunden werden, daß die bremen-verdenschen Lande selbst nicht als eine Privatbesitzung, sondern als ein mit den übrigen Landen eng verbundenes Fürstenthum betrachtet wurden; wobei dann freilich die jetzige Uebernahme auf das Schatullgut, falls nicht etwa blos das Privatvermögen des verewigten Königs darunter verstanden, nur alsdann gegenüber von der Familie gerechtfertigt wäre, wenn dasselbe ebenso wie das Krongut beim Aussterben des Mannsstammes in Hannover mit auf die braunschweigische Linie übergehen würde, folglich in der That alsdann von dieser die Entschädigung ausginge, während, wenn das Krongut solche zu leisten hätte, dieß insofern unpassend erscheinen möchte, als zunächst aus den Mitteln der landesherrlichen Kammer früher die Erwerbung ge-

---

1) Spittler, Geschichte des Fürstenthums Kalenberg, a. a. O. Th. VII. S. 270, 273.

2) Gesetzsammlung von 1833, S. 280.

3) Ribbentrop a. a. O. S. 85 u. 86.

macht worden, somit die Krone, als identisch mit der Kammer, wenn sie nun nochmals den Kaufpreis aufbringen müßte, doppelt belastet würde.

Die Einkünfte des Landesherrn aus allen diesen Provinzen waren nun freilich sehr verschiedener Art. Einige derselben waren schon an und für sich öffentlicher Natur. Dahin gehören die vom Kaiser verliehenen Regalien: Münze, Zoll, Bergregal, Judenschutz. Auch die Gerichtsgefälle, als Ausfluß der landesherrlichen Gerichtsbarkeit, können hieher gerechnet werden, ebenso die Beeten, welche ursprünglich nichts Anderes als Steuern sind; desgleichen die Ritterdienste und Ritterpferdsgelder, welche von den Rittergütern, und ein großer Theil der Herrendienste, welche von den Bauern zu leisten sind [1]). Andere Einkünfte tragen zwar die öffentliche Natur nicht unmittelbar in sich, wie namentlich die Einnahmen aus selbst bewirthschafteten, oder in gutsherrlicher Weise hingeliehenen herrschaftlichen Höfen, Waldungen, Mühlen und Gewässern; doch trug nicht allein das angenommene landesherrliche Forst-, Jagd- und Wasser-Regal, insbesondere das erste, gegen welches sich die lüneburgische Landschaft schon in der Saate v. J. 1392 zu verwahren für nöthig fand [2]), sehr viel zur Erweiterung der ursprünglichen gutsherrlichen Rechte bei, sondern es ist überhaupt, um den Landesherrn als berechtigt zu gewissen Einkünften anzunehmen, keineswegs nothwendig, daß diese Einkünfte an sich einen öffentlichen Rechtstitel haben, gleichwie auch der Staat, als moralische Person, ebensowohl privatrechtliche als staatsrechtliche Einnahmsquellen hat. Was uns genügen muß, und was wir im Bisherigen nun auch mit Beziehung auf die alten hannöverschen Domänen bewiesen zu haben glauben, ist das: daß der Landesherr als solcher, wenn auch nicht durchaus, so doch großentheils die betreffenden Domänen und Rechte erworben, und daß dasjenige, was vorhin schon da gewesen oder später als eine Privaterwerbung hinzugekommen, jedenfalls in der Folge durch commixtio die öffentliche Eigenschaft jener ersteren

1) Vergl. Eichhorn a. a. O. §. 306, 307. — Lünzel, Die bäuerlichen Lasten im Fürstenthum Hildesheim. Hildesheim, 1830. S. 184 f. 146. — K. Stüve, Ueber die Lasten des Grundeigenthums, in Rücksicht auf das Königreich Hannover. Hannover 1830. S. 37 f.

2) Jacobi, Lüneb. Landt.-Abschied, Th. I, S. 51, 52.

Güter und Gefälle und der Landeshoheit selbst angenommen hat, womit sie seit unvordenklicher Zeit als Theile einer und derselben universitas, des Kammerguts oder Domaniums, vereint gewesen, verwaltet und übertragen worden.

Zwar war auch die Bestimmung (modus) der heutigen Kammergüter und Kammergefälle nicht immer eine und dieselbe; allein jedenfalls war sie seit ihrer Verbindung mit der Landeshoheit keine andere, als die jedes fürstlichen Kammerguts: nebst dem Unterhalte der Familie die Lasten der Landeshoheit zu bestreiten, sei es nun im Verhältniß zu dem Reiche durch Leistung des Reichsdienstes und Tragung der Reichsabgaben oder im Verhältniß zum Lande durch Beschützung der Unterthanen und die nöthigen Anstalten für den Amts- und Gerichtsdienst.

Was das Bisherige noch hauptsächlich bestätigt, ist die Art und Weise, wie die Domänen administrirt zu werden pflegten. Wie die landesherrlichen Einkünfte ohne Unterschied in eine und dieselbe Casse flossen, so wurden auch für die Verwaltung des landesherrlichen Dominium meist dieselben Beamten (Vögte) verwendet, welche die übrigen landesherrlichen Rechte ausübten, namentlich die Gerichtsbarkeit. Ein großer Theil der aus den Domänen fließenden Einkünfte und anderer damit verbundener Gefälle war sogar geradezu den Vögten selbst und der unter ihnen vertheilten Dienstmannschaft als Besoldung überlassen [1]).

Ebenso wurde die Aufsicht und letzte Entscheidung in Kammersachen nicht von dem Landesherrn privatim, sondern durch die höchste Landesstelle ausgeübt, in Hannover namentlich durch den Geheimerath [2]).

Einen Gegensatz zur Kammercasse bildete allerdings meist die sogen. Landes- oder Steuercasse; allein jener Gegensatz bestand nicht in der öffentlichen oder ausschließlich das Land im heutigen Sinne, den Staat, angehenden Natur dieser Casse, sondern darin, daß aus der Kammer die ordentlichen Bedürfnisse des Landes, insbesondere die Kosten der friedlichen Regierung, aus dem Steuer-

---

1) Eichhorn a. a. O. §. 307. 308. 549.

2) Reg.-Reglement v. J. 1680, bei Spittler a. a. O. Th. VII. Beilage Nr. 13. S. 426.

oder Schatzärar dagegen die außerordentlichen Bedürfnisse zu bestreiten waren, wohin zuletzt namentlich das Militär gehörte, ungeachtet die älteste und hauptsächliche Bestimmung der landesherrlichen Einkünfte gerade die Tragung des Kriegsdienstes war.

§. 8. Heutiges Rechtsverhältniß der fürstlichen Kammern.

An dem Rechtsverhältnisse der fürstlichen Kammern oder Domänen gegenüber von dem Regenten, haben dann auch die politischen Ereignisse dieses Jahrhunderts an und für sich rechtlich nichts geändert. Zwar hat mit dem deutschen Reich auch der Lehensnexus zu demselben aufgehört, und die unmittelbaren Reichslehen haben, sofern ihr Besitzer die Souverainetät erlangte, mittelst Vereinigung der oberherrlichen und vasallitischen Rechte in einer und derselben Person, der des Souverains, die Allodial=Eigenschaft angenommen *). Allein damit ist nur die Qualität dieser Rechte, nicht aber das Subject derselben verändert worden; vielmehr ist dieses nach wie vor der Landesherr oder, wie er jetzt heißt, das Staatsoberhaupt, der Souverain.

Ebenso haften auf den landesherrlichen Einkünften, insbesondere den Domänen, im Zweifel noch immer die früheren Lasten, nämlich theils die Bedürfnisse des fürstlichen Hauses, theils die Landesbedürfnisse, wofern nicht, wie dieß neuerdings in einigen Staaten geschehen, eine Ausscheidung der Landes= und Hofdomänen Statt gefunden hat, oder sämmtliche landesherrliche Einkünfte und damit auch die landesherrlichen Ausgaben, insbesondere für den Hof des Regenten und für den Haushalt der nicht regierenden Familienglieder zur Staatsverrechnung überwiesen worden sind.

Es fragt sich daher nur: in wie fern etwa den neuen Erwerbungen eine andere Natur zu Grunde gelegen? Im Allgemeinen kann man wohl sagen, daß die Acquisitionen, welche die meisten deutschen Staaten in diesem Jahrhundert gemacht haben, mehr mit vereinten Staatskräften begründet worden sind, als irgend Erwerbungen früherer Zeit; denn nicht nur ist die Landesauswahl (Recrutirung) und die allgemeine Besteurung seit dieser Zeit überall zur Regel geworden, sondern es wurde auch jeder einzelne Landeszu=

*) Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 537.

wachs, ja die fortgesetzte Existenz der übrig gebliebenen Reichslande selbst, theils durch fortgesetzte militärische Anstrengungen, theils durch unerhörte Geldopfer, welche den Unterthanen auf directem und indirectem Wege abgepreßt werden mußten, theuer erkauft. Namentlich war dieß der Fall in den hannöverschen Provinzen, welche in diesem Jahrhundert mehrmals zu einem Regierungswechsel verurtheilt waren und dadurch sowohl, als durch ihre Lage bekanntlich mehr als andere deutschen Lande litten, welche jetzt in ungefährdetem Besitze der ihnen zum Lohne verheißenen Verfassungen stehen. Das Fürstenthum Osnabrück ward noch vor Aufhebung des deutschen Reichs, nämlich in Folge eines Staatsvertrags des lüneviller Friedens und durch ein Reichsgesetz, den Deputations-Hauptschluß v. J. 1803 (§. 4) dem Könige von England und Kurfürsten von Braunschweig-Lüneburg als Entschädigung zuerkannt, für seine Ansprüche auf die Grafschaft Sayn-Altenkirchen, Hildesheim, Korvey und Hörter und für seine Rechte und Zuständigkeiten in den Städten Hamburg und Bremen und in deren neugebildeten Gebieten. Weitere Erwerbungen (Hildesheim, Goslar, Ostfriesland, Lingen, Bentheim u. s. w.) verdankt das neu gebildete Königreich Hannover theils einem Staatsvertrag mit Preußen, theils der wiener Congreßacte (Art. 27), worin die betreffenden Gebiete gleichfalls dem Könige von Hannover abgetreten wurden, um durch Seine Majestät und deren Nachfolger mit den Rechten des Eigenthums und der Souveraitetät (en toute propriété et souveraineté) besessen zu werden. Auch diese Erwerbungen beruhen daher auf einem öffentlichen Erwerbgrunde, und es könnte sich nur fragen, ob nicht der Staat es sei, und nicht der Landesherr, welchem dieselben zu gut gekommen? Allerdings hat der Staat, mit Inbegriff des Regenten, zu diesen wie zu manchen früheren Erwerbungen die Mittel hergegeben, und deshalb ist das erworbene Land nebst Leuten dem alten Lande hinsichtlich der allgemeinen Landesschuldigkeiten, namentlich der Recrutirungs- und Contributionspflicht, der Landfolge u. s. w. einverleibt worden. Allein aus demselben Grunde folgte auch anderer Seits, daß die in den Provinzen begründeten kammerlichen Einkünfte, wofern nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet worden, den landesherrlichen Rechten gleicher Gattung in den frühern Provinzen anwuchsen.

Auch nicht in dem Sinne läßt sich der Ausdruck „Staatseigenthum" hinsichtlich der Domänen rechtfertigen, in welchem von einer Staatsgewalt, d. h. von einer Gewalt des Staats (besser: über den Staat), die Rede ist; denn wenn man auch annehmen will, das Subject der Staatsgewalt sei der Staat selbst (was aber nicht der Fall), so ist doch diese Fiction keineswegs zulässig bei den Domänen und nutzbaren Hoheitsrechten, welche herkömmlich in Deutschland, wenige Ausnahmen abgerechnet, nicht dem Regenten im Verein mit den Ständen, sondern bloß dem erstern zukommen, wenn gleich derselbe als Zweckbestimmung (modus) die öffentliche Verwendung anzuerkennen hat. So gewiß nun aber das Staatsoberhaupt keinen contradictorischen Gegensatz zum Staate bildet, sondern mit diesem immer zugleich begriffen ist, so gewiß müssen doch Herr und Land, oder Landesherr und Unterthanen, welche beide den monarchischen Staat ausmachen, immer noch als verschiedene Subjecte mit verschiedenen Befugnissen betrachtet werden; denn nicht das Volk oder, dinglich ausgedrückt, das Land kann nach positivem deutschen Staatsrechte als Inhaber der Hoheitsrechte betrachtet werden, sondern nur der Regent oder Landesherr, welchem dieselben kraft eines eigenen, nicht vom Volke abgeleiteten, Rechts zukommen. Mit der Landeshoheit oder mit der Staatsgewalt ist aber das Kammergut historisch verknüpft, unter welchem Namen dasselbe auch vorkommen mag, und es kann daher dasselbe ebenso wie die Landeshoheit nur dem Landesherrn als solchem zustehend betrachtet werden. Namentlich gilt dieß von den in den neuen hannöverschen Provinzen früher dem Landesherrn zugekommenen herrschaftlichen Rechten, so weit sie nicht entweder zuvor schon in eine von der landesherrlichen Kammer getrennte Landescasse flossen oder doch nach den Einrichtungen des alten Landes, welche für jeden Zuwachs normirend waren, zu dieser gezogen werden mußten; und hievon kann selbst bei den früheren Bisthümern Osnabrück und Hildesheim nicht abgegangen werden; denn wollte man die vormalige besondere Bestimmung dieser geistlichen Lande als einen Grund zur Abweichung betrachten, so hätten die dortigen stiftischen und bischöflichen Einkünfte, welche übrigens ebenso wohl wie in anderen geistlichen Landen landesherrliche Einkünfte in sich schlossen, der Kirche zurückgegeben, oder doch ebenso, wie die in Alt-Hannover einst ein-

gezogenen kirchlichen Güter [1]), in Vereinigung mit den Ständen unter besondere Verwaltung gegeben und nicht in gewöhnliches Kammergut verwandelt werden müssen.

Ebensowenig kann endlich die Bestimmung der Rheinbundesacte Art. XXVII:

> **Les princes ou comtes actuellement regnans conserveront chacun, comme propriété patrimoniale et privée tous les domaines sans exceptions, qu'ils possédent maintenant, ainsi que tous les droits seigneuriaux et féodaux non essentiellement inhérens à la souveraineté etc.**

einen präjudiciellen Vorgang für das Rechtsverhältniß der Kammergüter der regierenden Häuser in der Art abgeben, daß solche nun ebenfalls als Privatgüter müssen betrachtet werden; denn daß den unterworfenen Fürsten und Grafen nebst dem Anspruch auf Landeshoheit auch ein Recht auf die damit verbundenen Güter und Gefälle zukam, kann nicht bezweifelt werden. Indem also die Rheinbundesacte ihnen die erstere nahm, folgte daraus noch nicht, daß ihnen nicht ein pertinentes Recht, und zwar gerade ein nutzbares Recht durfte vorbehalten werden, worauf sonst die Verpflichtung zu Bestreitung der Regierungsausgaben gelegen. Uebrigens ist in eben jener völkerrechtlichen Urkunde den Mediatisirten noch eine gewisse Patrimonialgewalt gelassen worden, namentlich die Gerichtsbarkeit erster und zweiter Instanz, die Forst- und Jagdpolizei.

Kann nun die ausgeführte Ansicht, daß die hannöverschen Domänen und sonstigen Kammereinkünfte weder Staats- noch Privateigenthum sind, wie nach den Ansichten dieser und jener Schriftsteller müßte angenommen werden, sondern landesherrliches oder königliches Eigenthum, auch mit Rücksicht auf die Staatsveränderungen dieses Jahrhunderts keinem begründeten Einwande unterliegen, so fragt es sich jetzt:

> ob etwa durch die neueren Verfassungsgesetze dem Domanialgute eine andere Natur zu Theil geworden?

Das Patent v. 7. Decbr. 1819 ließ das Rechtsverhältniß der Domänen unverändert. In dem Reglement für die Landdrosteien v. 18. April 1823 (Abschn. I, §. 11) [2]) aber werden zur Wirksam-

---

1) Landtagsabschied v. 1639, §. 1. — Eichhorn, a. a. O., §. 584, Note w.
2) Pölitz, a. a. O., S. 271.

keit dieser wichtigen öffentlichen Stellen auch gerechnet die unter der Leitung der königlichen Domänenkammer stehenden Domänensachen, bei deren Behandlung dieselben als Provinzialkammern fungiren. Ebenso geht aus dem Reglement von demselben Tage über die künftige Verwaltung und Verrechnung der Domanialeinkünfte [1]) hervor, daß zwar die Hebung und Verrechnung der Domänenrevenüen in der Hauptsache den Aemtern abgenommen und besonderen Rentmeistern übertragen worden; allein da gleichwohl alle Domanialsachen, welche sich auf die Erhaltung der Domanialgerechtsame und auf die ökonomische Benutzung der Domanial-Grundstücke, Gefälle und Rechte und die Leistung der auf solchen ruhenden Abgaben beziehen, forthin der unmittelbaren Aufsicht und Leitung der Landdrosteien und der Geschäftsführung der Beamten vorbehalten blieben, so geht hieraus nur aufs Neue hervor, daß der öffentliche Charakter der Domänen auch in deren Verwaltung forthin anerkannt blieb.

§. 4. Bestimmungen des hannöverschen Grundgesetzes.

Das Grundgesetz v. J. 1833 [2]) hat nun allerdings die Domänen als „Krongut" erklärt, allein aus dieser Bezeichnung ist auf eine Veränderung nicht zu schließen; vielmehr spricht dieser Name geradezu diejenige rechtliche Natur vollkommen aus, welche wir oben als denselben anhängend nachgewiesen haben, indem die Krone als Sinnbild der königlichen Gewalt genommen wird, deren Inhaber als solcher neben anderen Rechten auch die Domanialrechte der Substanz nach inne hat, wenn er schon in deren Ausübung, wie dies nun auch das Grundgesetz wieder bestimmt, mehrfach beschränkt ist.

Zwar wird der Titel: „Krongut" oder „Kronfideicommiß" auch für Domänen oder Kammergüter gebraucht, welche nebenbei als Staatseigenthum prädicirt sind, namentlich in Preußen [3]). Allein aus diesem Beispiele möchte vielmehr folgen, daß dort der Ausdruck Staatseigenthum uneigentlich gebraucht ist, da formell in

---

1) Pölitz, a. a. O., S. 282.

2) §. 122: „Sämmtliche zu dem königlichen Domanio gehörenden Gegenstände, namentlich Schlösser, Güter, Gefälle, Forsten, Bergwerke, Salinen und Activcapitalien machen das seinem Gesammtbestande nach stets zu erhaltende Krongut aus."

3) Allg. Landrecht, II. 14. §. 1. — Klüber, Oeff. Recht rc., §. 332, Note a.

Preußen Staat und Regierung eins sind, und wenn irgend ein Monarch, so Friedrich der Große das Wort Ludwig's XIV. (in gutem Sinne) auf sich anwendbar machte: „l'état c'est moi." Auch die Bezeichnung der Kammergüter als Staatsvermögen im östreichischen bürgerlichen Gesetzbuche (§. 287) ist nur im Gegensatze zu landesfürstlichem Privatvermögen, nicht aber dahin zu erklären, als ob der Staat in corpore dasselbe besäße (vrgl. das. §. 289).

Die Absicht des hannöverschen Grundgesetzes war in der That auch nicht die Uebertragung des Eigenthums an den Domänen auf das Land oder dessen Repräsentanten, die Landstände, noch auf den ganzen staatlichen Verein, mit Inbegriff des Regenten (die Staatsgesellschaft), sondern die verfassungsmäßige Sicherung des Bestandes derselben; nicht die Schöpfung einer neuen, von den Domänen getrennten Kronausstattung, sondern eine Garantie der bereits in denselben unmittelbar gegebenen reichlichen Dotation. Nur im Gegensatze zu den Regalien (§. 133) scheint der Ausdruck „Krongut" gewählt zu sein, wiewohl unter Krongut allerdings auch wieder mehrere sonst zu den regalia minora gerechnete Einkünfte begriffen sind.

Sollte übrigens der Sinn jenes Prädicats irgend einem Zweifel unterliegen, so würde derselbe gehoben durch den beigefügten Grundsatz:

> Dem Könige und dessen Nachfolgern an der Regierung verbleiben unter den nachfolgenden Bestimmungen alle diejenigen Rechte, welche dem Landesherrn daran bis dahin zugestanden haben.

Diese Bestimmungen sind im Wesentlichen folgende (§. 124):

1. Die Aufkünfte des gesammten Kronguts sollen ohne Ausnahme zum Besten des Landes verwendet werden.

Wenn mit „Land" hier der alte publicistische Begriff verbunden wäre, so würde diese Bestimmung allerdings den Rechten der Familie entgegen sein, welche aus dem Domanium regelmäßig ihren Unterhalt zu ziehen hat. Allein jener Ausdruck ist für „Staat" gewählt, worunter auch die regierende Familie, insbesondere das Staatsoberhaupt begriffen ist, wie aus der Fortsetzung des §. 124 hervorgeht, wonach die Kroneinkünfte in folgender Ordnung sollen verwendet werden: a) Zinse aus den auf dem Domanio haftenden Schulden und Quoten zu deren allmäliger Ablösung. b) Unterhalt

und Hofhalt des Königs, der Königin und der minderjährigen Kinder des Königs. c) Standesmäßiges Auskommen der Königin- und Kronprinzessin-Wittwe; die Apanagen und Ausstattungen der Prinzen und Prinzessinnen aus den Nebenlinien und der Wittwen der Prinzen. Erst der Ueberrest der Krongutsrevenüen, sowie der bisher mit der Domanialverwaltung vereinigt gewesenen Regalien, welcher nach Befriedigung der Ansprüche a—c noch bevor bleiben wird, sollte endlich d) zur Bestreitung anderweiter Staatsausgaben verwendet werden.

Man sieht, die Bestimmung des Kronguts zu den Landeslasten, welche sonst als eine coordinirte neben den Ansprüchen der Familie einherging, ist hier den letztern untergeordnet worden. Es kann also durchaus nicht behauptet werden, daß Rechte des Königs oder der Familie hier verletzt seien. Vielmehr ist zuzugeben, daß mit großer Achtung und zarter Schonung für diese Rechte verfahren worden, indem die königlichen Bedürfnisse vor allen anderen befriedigt werden sollen; woraus zugleich hervorgeht, daß jeder öffentliche Bedarf, zu dessen Befriedigung die Einkünfte aus den Domänen und Regalien nicht hinreichen, durch Steuern aufzubringen ist, was als eine Verpflichtung des Landes §. 140 noch ausdrücklich anerkannt wird, während nach der früheren Verfassung, wenige Ausnahmen abgerechnet, die Steuerverwilligung eine rein arbiträre Befugniß der Stände war.

Kann nun in der That nicht daran gezweifelt werden, daß die Einkünfte aus den Domänen und Regalien noch bis zum Staatsgrundgesetze hin ihrer ursprünglichen Bestimmung für das königliche Haus und Land nicht entfremdet und daher um so mehr in dem Staatsgrundgesetze ihre Verwendung für diesen gedoppelten Zweck in Anspruch genommen worden, so fragt es sich:

2. ob nicht etwa durch die weitere Bestimmung des Grundgesetzes, wonach die königliche und die Landescasse in eine Generalcasse vereinigt werden sollen, agnatische Rechte verletzt seien?

Der §. 133 des Grundgesetzes, welcher dieses bestimmt, fügt zugleich bei, daß aus dieser gemeinschaftlichen Casse alle Ausgaben bestritten werden sollen, sofern dieselben nicht auf der Krondotation ruhen.

Hiernach schließt die Vereinigung der beiden Cassen noch eine andere Anordnung in sich, nämlich die Ausmittlung einer besondern

Krondotation, worüber die §§. 125 ff. des Grundgesetzes Aufschluß geben. Es sind nämlich zur Deckung der für den Unterhalt und die Hofhaltung des Königs erforderlichen Ausgaben ausgesetzt worden:

a) die Zinsen eines in den Jahren 1784 bis 1790 in den englischen Stocks belegten, aus vormaligen Kammereinkünften erwachsenen Capitals von 600,000 Pfd. Sterling *), welches Capital unveräußerlich und unzertrennlich mit der Krone vereinigt und vererblich sein soll;

b) die Domanialgüter, sowie die zu dem Domanio gehörigen Zehnten und Forsten bis zu dem Belaufe eines Nettoertrags von 500,000 Rthlrn. Conventionsmünze. Diese Summe kann bei vergrößertem Bedarf mit Zustimmung der allgemeinen Stände erhöht werden. Zu Verwirklichung derselben soll von dem König aus den Bestandtheilen des Kronguts ein Complex von Grundstücken, Zehnten oder Forsten ausgeschieden und der selbsteigenen Administration desselben vorbehalten werden.

Außerdem bleiben dem Könige und seinen Nachfolgern in der Regierung die königlichen Schlösser und Gärten, die zur Hofhaltung bestimmten königlichen Gebäude, Ameublements, alle zur Hofhaltung gehörigen Inventarien, die Bibliothek und die königlichen Jagden im ganzen Umfange des Königreichs. Auch das Vermögen der jetzigen Schatullcasse bleibt getrennt von den Staatscassen und zur ausschließlichen Disposition des Königs.

Durch diese Bestimmungen ist allerdings das Recht des Königs zur Benutzung der Domänen beschränkt und es soll die unmittelbare Krondotation auf einen Theil derselben angewiesen werden, während früher der König seinen Bedarf beliebig aus dieser oder jener Einnahmquelle der Kammer entnehmen konnte. Allein eine Verletzung des Nachfolgers kann auch hierin nicht gefunden werden, da die Substanz der Domänen und das Eigenthumsrecht an denselben durchaus unverändert der Krone erhalten und nur in der Ausübung seines Eigenthumsrechts, wie der königlichen Finanzgewalt überhaupt, der Monarch einer Beschränkung unterworfen worden ist.

Daß in der That des verewigten Königs Majestät unter Hintan-

*) S. hierüber Stüve, Vertheidigung des Grundgesetzes, S. 299.

setzung persönlicher Interessen lediglich aus Rücksichten des Gemeinwohls in den zuerst von den Ständen vorgelegten Plan einer Vereinigung der königlichen und der Landescassen eingegangen, zeigt sich, wenn es nicht schon von selbst klar wäre, aus den Verhandlungen, welche der Aufnahme der betreffenden Bestimmungen in das Grundgesetz vorhergegangen sind. In dem königlichen Rescripte v. 11. Mai 1832 findet sich diesfalls folgende bezeichnende Stelle:

„Was die Finanzen des Königreichs anbetrifft, so steht bekanntlich die Disposition über die Einnahmen von den Domänen und Regalien Uns allein, mit Ausschluß der Stände, zu, und es ist davon von jeher, nächst den für den Landesherrn und dessen Familie erforderlichen Verwendungen bei weitem der größte Theil der Landesverwaltungskosten nach den alleinigen Bestimmungen des Landesherrn bestritten worden. Wenn daher die vorige allgemeine Ständeversammlung darauf angetragen hat, daß Wir Unsere königlichen Cassen und die Landescasse zu einer einzigen Generalcasse vereinigen möchten, aus einer solchen Vereinigung aber unverkennbar eine Beschränkung der landesherrlichen Dispositionsrechte hervorgeht, so konnten Wir billig Bedenken tragen, ob dieser Antrag zu genehmigen sei, und müssen Uns jedenfalls bis zu einer Unsern landesväterlichen Absichten entsprechenden Vereinigung alle Unsere desfallsigen Rechte vorbehalten. Da indessen nicht zu verkennen ist, daß durch die bestehende Trennung der Cassen die Einführung zweckmäßiger und für das Land wohlthätiger Einrichtungen häufig gar sehr erschwert, ja ganz unmöglich gemacht wird, und daß besonders bei der Verwaltung nicht diejenigen Ersparungen gemacht werden können, welche zum Besten Unseres Königreichs durchaus erforderlich sind: so ertheilen Wir zu dieser Vereinigung der Cassen, jedoch unter den folgenden aus alleiniger Rücksicht auf das wahre Beste des Landes hervorgehenden Bedingungen, hierdurch Unsere Allerhöchste Zustimmung."

Und nun folgen ganz dieselben, die Unabhängigkeit der Thronfolger und des königlichen Hauses sicherstellenden, Bestimmungen, welche nachher in das Hausgesetz aufgenommen worden sind *). Die

*) Actenstücke v. 1832, S. 18.

Stände erwiederten unter dankbarer Verehrung der huldreichen und hochherzigen Art, womit Seine Majestät ihren Antrag und dessen Motive aufgenommen, wie sie mit der Regierung fortwährend in dieser Maßregel eine so wesentliche und nothwendige Vorbedingung einer vollkommenen Einheit des Finanzsystems, einer angemessenen Vereinfachung durchgreifender Ersparungen und der Entfernung vielfacher Inconvenienzen in den öffentlichen Abgaben und damit in Verbindung stehenden Verhältnissen erkennen, daß sie, um zu jenem hochwichtigen Zwecke zu gelangen, Alles, was nur irgend in den Kräften des Landes stehe, aufzubieten nicht scheuen zu dürfen glauben [1]).

Aber auch das königliche Haus hat durch jene Vereinigung keinen materiellen Nachtheil erlitten; denn abgesehen davon, daß in der öffentlichen Verwaltung der Domänen nur eine wünschenswerthe Sicherstellung für die Betheiligten liegt, ist in der That auch die Krone in Vergleich mit ihren frühern reinen Einkünften und mit den Dotationen anderer Länder auf eine sehr anständige Weise ausgestattet. Schon in der Form der Dotation, welche unter Beseitigung der in andern Staaten neuerdings eingeführten Civillisten auf einen Complex von Immobilien unmittelbar radicirt werden soll, ist auf die Selbstständigkeit und Würde der Krone besondere Rücksicht genommen. Aber auch in Hinsicht auf den Umfang derselben erscheint diese nicht als verletzt. Nach dem Generaletat der königlichen Generalcasse und der königlichen General-Salariencasse, welche i. J. 1832, also während der Verabschiedung des Staatsgrundgesetzes, von der königlichen Regierung vorgelegt wurde [2]), betrugen nämlich die Einnahmen aus diesen beiden Cassen 3,851,500 Thlr. und die Ausgaben 3,868,700 Thlr. Es ergab sich somit ein Deficit von 17,200 Thlr. Und doch war der ganze Ertrag der Domänen und Regalien, nebst den Zuschüssen aus andern Cassen, kurz Alles in Rechnung genommen, was nach dem Grundgesetze nun theils zur unmittelbaren Krondotation, theils in die Staatscasse von königlichen Einkünften übergehen sollte. Unter den Ausgaben aber war bereits jene Krondotation in Uebereinstimmung mit dem nachherigen Grundgesetz zu 618,000 Thlr., worunter 118,000 Thlr.

1) Actenstücke v. 1832, S. 1280.
2) Actenstücke v. 1832, S. 108 ff.

an Zinsen aus den englischen Stocks in Anschlag gebracht. Von einer Verkürzung des Monarchen in seinen Einkünften zu Folge der Cassenvereinigung kann also nicht die Rede sein. Noch weniger können sich die Agnaten und die übrigen Mitglieder der königlichen Gesammtfamilie hierauf berufen; denn diese bezogen zur Zeit der früheren Verwaltung nichts aus den öffentlichen Einkünften in Hannover, während jetzt für dieselben durch das mit den Ständen verabschiedete Apanagen-Reglement, welches zugleich einen integrirenden Theil des neuen Hausgesetzes v. 19. Nov. 1836 bildet, auf eine ihrem hohen Stande angemessene Weise gesorgt ist [1]).

In der That haben auch bei dieser Gelegenheit die Stände mit einer Umsicht und Sorgfalt die Interessen des königlichen Hauses erwogen, welche allein schon hinreichend Zeugniß geben von der treuen Ergebenheit, womit dieselben die stets wohlgemeinten und wohl überdachten Anträge ihrer Regierung aufnahmen.

Wie es übrigens gekommen ist, daß die königlichen Cassen trotz dem, daß die königliche Familie dieselben nicht für sich in Anspruch nehmen wollte, fortwährend weniger im Stande waren, die ihr obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen [2]), wodurch alsdann die Stände genöthigt wurden, mehr und mehr auf die Landescasse zu übernehmen, erklärt sich theils aus den vermehrten Bedürfnissen der Landesadministration, theils aus dem Zustande der königlichen Domänen, welche die Haupteinnahmsquelle für die königliche Regierung bildeten.

Während der Kriegsunruhen zu Anfang dieses Jahrhunderts und besonders unter der französisch-westphälischen Regierung haben nämlich die hannöverschen Domänen, welche früher sehr bedeutend gewesen [3]), vielfach gelitten; und ungeachtet von der später wieder eingesetzten rechtmäßigen Regierung die Handlungen des aufgedrungenen Zwischenherrschers als nichtig anzufechten waren, so konnte man doch wohl die Folgen der stattgefundenen Verschleuderungen, namentlich des Art. 2 der westphälischen Verfassung, worin Napoleon

1) Actenstücke v. 1836, S. 8 f. 642 f., in Vergl. mit Actenstücke v. 1820, S. 77.

2) Ueber den früheren Zustand der Domänen s. Stüve, Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes, S. 252 f.

3) Crome u. Jaup, Germanien, Bd. IV. S. 115.

sich die Allodial-Domänen der einverleibten Fürstenthümer zur Belohnung für Officiere der französischen Armee vorbehalten hatte, nicht ganz beseitigen *).

Zwar haben sich durch die neuen Erwerbungen die königlichen Einkünfte wieder gehoben, und es konnten deshalb in dem Rechnungsjahre 1836 bis 1837 die reinen Einnahmen aus den Domänen und Regalien veranschlagt werden, wie folgt: 1) die Renteneinnahmen zu 1,679,040 Thlr.; 2) Ueberschüsse von den Bergwerken und Salinen zu 130,000 Thlr.; 3) Ueberschüsse von den Zöllen zu 377,193 Thlr. 16 gGr.; 4) Ueberschüsse von den Posten zu 140,000 Thlr. Zusammen zu 2,326,233 Thlr. 16 gGr.

Allein im Verhältnisse zu dem größeren Umfange des jetzigen Königreichs und zu den vermehrten Bedürfnissen der Regierung haben die Domanialeinkünfte nicht zugenommen, welche gleichwohl schon früher eine stets gesteigerte ständische Beihülfe nöthig gemacht hatten.

Das Anerbieten in dem vorjährigen Verfassungsentwurfe (§.107) aus den Einkünften der Domänen und Regalien für jetzt einen jährlichen Beitrag von 2,300,000 Thlrn. zur Bestreitung der Staatsausgaben, einschließlich der Bedürfnisse der Nebenlinien des königlichen Hauses, abgeben zu wollen, spricht ohne Zweifel für die Geneigtheit Sr. Majestät, auch ferner jene Staatsausgaben nicht ganz durch Steuern aufbringen lassen zu wollen. Auch haben Höchstdieselben die Bereitwilligkeit, Ihre Unterthanen künftig noch mehr zu erleichtern, dadurch bestätigt, daß schon in dem Patente vom 1. Novbr. 1837 ein Steuernachlaß von 100,000 Thlr. verkündet wurde, wozu freilich nach altem, wie nach neuem hannöverschen Staatsrechte ständische Mitwirkung erforderlich gewesen wäre. Indessen je gnädiger die Gesinnungen Sr. Majestät gegen Ihre getreuen Unterthanen sind, desto mehr werden diese erwarten dürfen, daß Garantien, welche das Grundgesetz von 1833 für einen geordneten und vereinfachten Staatshaushalt und für schon früher in Aussicht

*) S. übrigens Rehberg, Zur Geschichte des K. Hannover, S. 56, wonach von dem landesherrlichen Gute in den alten Provinzen während der feindlichen Regierung nur ein ganz unbedeutender Theil veräußert worden. Dagegen berichtet Crome (Germ. IV. S. 115) im Jahr 1811: daß Hannover seit 7 Jahren seine besten Domänen verloren habe.

gestellte nachhaltige Steuererleichterungen dargeboten, nicht werden zerstört werden. Eine dieser Bürgschaften ist

3. die ständische Mitaufsicht über die Verwaltung der bisherigen königlichen Einkünfte, sofern diese nun in die vereinigte Generalcasse fließen, über deren Bedürfnisse der allgemeinen Ständeversammlung jährlich ein nach den Hauptausgabezweigen festgestelltes Budget nebst den nöthigen Erläuterungen vorzulegen ist (G.-G. §. 139).

Allerdings haben die Stände an der Verwaltung der Domänen niemals dauernden Antheil gehabt; nur vorübergehend wurde einmal (1435) von den göttingischen Ständen die Administration derselben übernommen. Allein von Einräumung eigentlicher Dispositions- oder Verwaltungsbefugnisse ist auch jetzt nicht die Rede. Vielmehr schließt das Grundgesetz (§. 90) jedes Eingreifen der Stände in die Verwaltung (also auch in die Finanzverwaltung) auf einem anderen Wege als dem der Petition aus. Dagegen ist den Ständen anzusinnen:

a) Die Prüfung und Bewilligung des Budgets über die Ausgaben, welche die Verwaltung des Landes und dessen sonstige aus der Generalcasse zu bestreitenden Bedürfnisse erforderlich machen (§. 139). Da den Ständen zugleich die Pflicht auferlegt ist, für die Deckung der nöthigen Ausgaben in so weit zu sorgen, als solche aus den Einkünften des Kronguts und der Regalien nicht bestritten werden können (§. 140), so ergibt sich jenes Recht der Prüfung und Bewilligung des ganzen Ausgaben-Budgets von selbst. Uebrigens ist dieses ständische Recht in Hannover auf eine Weise beschränkt, welche sich nicht überall findet. Namentlich ist bestimmt, daß der Bedarf für den Militäretat, sowie die Grundsätze, welche bei Bewilligung der in den übrigen Haupt-Ausgabezweigen begriffenen Gehalte und Pensionen zu befolgen sind, durch gemeinschaftlich mit den Ständen festgestellte Regulative festgesetzt werden sollen, an welche alsdann die Stände bis zu deren verfassungsmäßiger Revision gebunden sind *), und daß Ausgaben,

---

*) Auch in dieser Bestimmung wurde neuerdings Anstoß gefunden. „Sie scheint billig, rein finanziell und ungefährlich“; aber „nahe liegt der Mißbrauch, unter dem Vorwande gewissenhafter Prüfung des Personal-Gehaltsbedarfs ständischer Seits tief in das innere Getriebe der Ver-

welche auf bestimmten bundes- oder landesgesetzlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen beruhen, nicht verweigert werden dürfen (§. 140), ferner daß die Anschläge für die einzelnen Hauptdienstzweige als ein Ganzes zu betrachten und daher nur in dieser Art einzuhalten sind (§. 141), daß die Ersparungen an dem Militäretat dem Kriegsschatze verbleiben (§. 142), und daß endlich der König über einen 5 Procent der gesammten Ausgaben betragenden Reservecredit in außerordentlichen Fällen durch das Ministerium verfügen kann (§. 143).

b) Die Bewilligung der auszuschreibenden Steuern (§. 145). Daß dieses kein neues, sondern ein altes Recht der Stände sei, ist bereits früher bewiesen worden. Neu sind dagegen mehrere wichtige Beschränkungen desselben, namentlich daß die Stände jetzt verpflichtet sind, für Deckung der nöthigen Ausgaben zu sorgen (§. 140), daß die Steuerbewilligung an keine dem Wesen und der Verwendung der Steuern fremdartige Bedingung geknüpft werden darf (§. 145), daß die für ein Jahr verwilligten Steuern im Falle einer Auflösung der Ständeversammlung auch noch weitere 6 Monate unverändert forterhoben werden dürfen (§. 146).

c) Die Bewilligung neuer Anlehen der Generalcasse (§. 147). Die Stände hatten dieses Recht schon früher bei der Landescasse ausgeübt, und auch die Belastung der landesherrlichen Kammer mit neuen Schulden ward mehrmals, z. B. in dem Briefe v. J. 1536, von dem ständischen Consense abhängig gemacht *). Uebrigens ist für außerordentliche Fälle, wo der ständische Consens nicht sollte eingeholt werden können, dem König das Recht eingeräumt, bis zu 1 Million Thaler ohne Bewilligung durch das Gesammt-Ministerium aufnehmen zu lassen (§. 147).

---

waltung einzubringen, die unerläßliche Abhängigkeit der Verwaltungsbeamten von der höchsten Staatsbehörde zu untergraben und die Dienerschaft dem Wesen nach von dem Charakter einer solchen des Königs zu entkleiden." Allerdings ist jedes Recht der Gefahr des Mißbrauchs ausgesetzt; auch das Recht der Budgetsverwilligung, wie anderer Seits das der Besoldung und Pensionirung. Allein eben hiegegen sollten die gesetzlichen Regulative schützen, worin in der That ebenso dem ständischen Verwilligungsrechte als der Verwaltung eine Schranke gesetzt ist.

*) Jacobi, Lüneb. Landtagsabschied, Bd. I. S. 164.

d) Die Zustimmung zur Verpfändung des Kronguts und zur Veräußerung ganzer Domanialgüter oder bedeutender Forsten (§. 123). Auch diese Zustimmung ward vormals in den braunschweigischen Landen gefordert [1]). Ebenso ist sie in den neueren Verfassungen anderer Staaten und in den meisten Haus- und Landesgesetzen altständischer Territorien für nothwendig erkannt [2]). Nothwendige oder nützliche Veräußerungen im Kleinen kann übrigens auch jetzt noch der König für sich vornehmen; nur ist über die Veränderungen des Grundstocks den Ständen jährlich Nachweisung zu geben (§. 123).

e) Die Zustimmung zur Ausmittlung der (unmittelbaren) Kronausstattung (§§. 125—127). Nachdem einmal die Nothwendigkeit der Cassenvereinigung und die Verpflichtung der Stände zur Deckung des Deficits anerkannt war, ergab sich von selbst, daß der Umfang der Krondotation nicht bloß von der Krone abhängen durfte. War aber dieser Umfang in dem Staatsgrundgesetze mit beiderseitigem Consense festgestellt worden, so kann es nicht auffallen, wenn auch die Firirung der Dotation auf einzelne Domänen und ihre künftige Erhöhung von jenem Consense abhängig gemacht ist, zumal da schon unter der erbländischen Verfassung mit den Ständen zuweilen Kammerplane gemacht und die Regenten auf ein gewisses Bedürfniß eingeschränkt wurden [3]), und da das hannöversche Grundgesetz sich von anderen neueren Verfassungen in jener Hinsicht dadurch unterscheidet, daß die Bewilligung der Krondotation nicht etwa bloß auf die Lebensfrist des Regenten, sondern für immer ertheilt und daher ein neuer Consens nur alsdann erfordert wird, wenn entweder eine Erhöhung derselben gewünscht oder der festgestellte Gütercomplex durch Veräußerungen vermindert worden sein sollte. Daß sodann die Beschränkungen hinsichtlich der Veräußerung von Krongutsbestandtheilen auch auf die Krondotation erstreckt worden (§. 129), verstand sich von selbst. Ebenso wird sich endlich nichts dagegen einwenden lassen, wenn die Kosten der Erwerbung und ersten Einrichtung königlicher Schlösser oder ganzer Appartements nur mit Bewilli-

---

1) Jacobi, a. a. O., S. 61. 221. — v. Bilderbeck, a. a. O., Cap. IX.

2) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 333. Note b. — Mauernbrecher, Staatsrecht, §. 202. Note c.

3) Jacobi, a. a. O., S. 142. 220. 254. 357.

gung der allgemeinen Ständeversammlung aus der Generalcasse dürfen aufgewendet werden (§. 130), da hierin wohl der einzige Weg lag, um dergleichen von dem Könige gewünschte Acquisitionen und Veränderungen ohne die Mittel der Krondotation zur Ausführung zu bringen.

III. Inwiefern ist der Nachfolger in der Regierung aus den Handlungen seiner Vorfahren verbunden?

§. 1. Grundsatz der Gesetzlichkeit.

Die Meinungen in Beziehung auf unsere Frage waren früher sehr getheilt. Außer der Ansicht der italienischen Praktiker, welche den Regierungsnachfolger nach der Theorie des römischen Erbrechts betrachteten, war im 16. Jahrhundert eine andere privatrechtliche Ansicht herrschend, wonach der Nachfolger, insbesondere der Agnat, im Gegensatz zum Descendenten, aus den Verträgen seines Vorgängers nur alsdann verbunden gehalten wurde, wenn er dessen Erbe geworden war [1]).

Diese Ansicht war gestützt auf die lehenbare Eigenschaft der deutschen weltlichen Reichslande und auf den Grundsatz des longobardischen Rechts [2]), daß der Lehensfolger als Singularsuccessor die dem Lehen nachtheiligen Handlungen seines Vorgängers widerrufen könne, außer wenn das Lehen ein Erblehen, in welchem Falle wenigstens der Sohn sie anzuerkennen, oder wenn der Lehensfolger zugleich Privaterbe, in welchem Falle derselbe aus diesem Grunde für alle und jede Handlungen des Erblassers herzukommen habe.

Der privatrechtliche Gesichtspunkt war ein falscher, weil die Staatsfolge keine bloße Privat-Succession ist, und wenn schon die Reichsämter und Regalien früher nach Art der Lehen verliehen wurden, dieß doch der Natur jener Rechte keinen Eintrag that, welche nach wie vor öffentliche, aus der königlichen Gewalt abge-

1) s. v. Kamptz, Erörterung der Verbindlichkeit der weltlichen Reichsfürsten aus den Handlungen seines Vorfahren. Neu-Strelitz 1800, §. 37 ff.
2) II. 45.

leitete Rechte blieben, und daher auch in ihrer Ausübung hiernach zu beurtheilen waren. Sehr richtig hatte daher schon der Vater der Legisten, Baldus [1]), die Reichssuccession als eine successio in dignitate bezeichnet und behauptet, daß, was die Könige nicht in ihrem eigenen, sondern in des Reiches Namen thun, das Volk und darum auch den Nachfolger in der Regierung von selbst verbinde, außer wenn die Handlungen das Reich verletzen, quia regni tutela est commissa, non dilapidatio. Erst durch Grotius und Puffendorf ward jedoch dieser Unterschied zwischen öffentlichen und Privathandlungen und der Grundsatz: daß von den dignitatis et officii nomine eingegangenen Verbindlichkeiten der Nachfolger in der Regel sich nicht freimachen könne, weil sie im Namen der moralischen Person des Staats vorgenommen worden, welcher nicht stirbt (Principes mortales, respublica aeterna!), in das allgemeine Staatsrecht und von hier aus in die reichsgerichtliche Praxis und in das positive jus publicum verpflanzt. Und auch jetzt noch fehlte es nicht an Gegnern dieses staatsrechtlichen Princips, wie denn z. B. der Kanzler v. Ludwig in einer eigens der Frage gewidmeten Abhandlung [2]) dasselbe darum verwarf, weil man dem Staate keine Censur über die Handlungen seines Regenten einräumen könne.

Dieser Einwand ist schief und zu viel beweisend, indem daraus, daß der Regent als Vertreter des Staats angesehen wird, noch nicht folgt, daß dem Volke auch ein zu Recht beständiges Urtheil über die Regentenhandlungen zukomme, und andererseits, wollte man jedes Urtheil des Volks über Regierungshandlungen ausschließen, auch die besonderen Verfassungen, worauf Ludwig verweist, nicht mehr als verbindend könnten betrachtet werden, während bekanntlich zur Zeit des deutschen Reichs die Unterthanen über Angriffe auf ihre wohlerworbenen Rechte, als über wahre Justizsachen, Klage bei den höchsten Reichsgerichten erheben durften [3]).

---

1) Consilia (ed. 1490) lib. I. cons. 27; lib. II. cons. 159, N. 4.

2) Opusc. Misc., tom. I. p. 539 seq.

3) Struve, Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, §. 13. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 86.

Mit Recht hat daher schon J. H. Henning [1]) wieder bemerkt:

„verior est sententia, quod Princeps in negotio expediendo ipsam rem publicam, quae jus obligandi in ipsum transtulit, repraesentet et sic, mediante civitate, etiam successorem obligare possit.“

Auf der andern Seite aber muß man zugeben, daß der von diesem staatsrechtlichen Gesichtspunkte aus hauptsächlich von den Schriftstellern des 18. Jahrhunderts begründete Satz:

Der Nachfolger ist, er sei Privaterbe oder nicht, schuldig, diejenigen Verbindlichkeiten seines Vorgängers zu erfüllen, welche dieser als Landesfürst zum Wohle des Landes eingegangen,

viel Schwankendes hat, indem darüber: was zum Wohle des Landes gereiche, gar verschiedene Ansichten möglich sind. Allerdings muß man im Zweifel mit dem kaiserlichen Reichshofrathe annehmen, daß ein regierender Herr ex ratione probabili et laudabili gehandelt habe [2]), oder, wie Kaiser Franz II. in einem Handschreiben an die Kurfürsten geltend machte,

„ein jeder regierender Fürst hat die Vermuthung für sich, daß er bei seinen Staatshandlungen alle individuellen Verhältnisse reiflich überlege, und die Wohlfahrt des Landes zum Augenmerk habe" [3]).

Allein bei dieser laxen Rechtsvermuthung sieht man dann wieder nicht ein, wo die Verbindlichkeit des Nachfolgers ihre Grenze haben soll. Und doch muß auch hierin eine Grenze gegeben sein, und zwar in dem Verhältnisse der Handlung zu denselben Gesetzen, welchen gemäß der Staat zu regieren ist, und welchen auch das Staatsoberhaupt, so lange sie nicht abgeändert sind, unterworfen ist [4]). Die Gesetzlichkeit der Handlung also muß entschei-

---

1) Diss. de obligatione ex facto praedecessoris, Vitemb. 1725, §. 16.

2) Cramer, Opuscula, tom IV. p. 392.

3) Häberlin, Staatsarchiv, Bd. III, S. 27.

4) Schnaubert, D. de principe legibus suis obligato. Jen. 1793, §. 5 u. 21. — Diese Abhandlung, übersetzt von Hagemeister, 1795, Anm. 34. — v. Kamptz, a. a. O., §. 76. — Mauernbrecher, Deutsches Staatsr., §. 188.

den, ob dieselbe, wie für andere überhaupt, so auch für den Regierungsnachfolger verpflichtend sei. Daher man dem Kanzler von Ludwig allerdings beipflichten muß, wenn er sagt [1]):

> ad ea, quae superior princeps fecit juste et legitime ex usuque reipublicae ad ea omnia quoque Successor obligatur cum praestanda tum conservanda.

Aus der Verbindung des Baldus-Grotischen Princips mit diesem Grundsatze der Gesetzlichkeit (Legitimität) ist diejenige Ansicht hervorgegangen, welche seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts gemeine Meinung der Rechtsgelehrten geworden:

> daß der Nachfolger durch solche Handlungen seiner Vorfahren gebunden werde, welche diese, in der Eigenschaft als Regenten, rechtmäßig, d. i. mit Beobachtung der ihnen durch allgemeine oder besondere Gesetze auferlegten Pflichten, unternommen haben [2]).

Namentlich war es der Minister v. Kamptz, welcher in seiner oben angeführten Schrift (§. 73) jenen Grundsatz weiter ausführte und begründete. Jeder Regent hat nämlich gewisse Schranken seiner Macht anzuerkennen. Dahin rechnete Kamptz (1800) den Reichsverband und die Unterordnung gegen Kaiser und Reich (an deren Stelle jetzt der deutsche Bund mit den ihm eigenthümlichen Verpflichtungen getreten ist), ferner die mit den Unterthanen eingegangenen Staatsverträge und die dadurch der Landesverfassung gegebene Form und der Landeshoheit gesetzten Grenzen, sodann die Vorschriften der Hausgesetze und den Zweck der Landeshoheit: Beförderung und Erhaltung des Staatswohls. Daher der Grundsatz:

> „Nur diejenigen Handlungen des Vorfahren können für den Nachfolger verbindlich sein, bei welchen der Vorfahrer inner-

---

1) cap. IV, §. 1. l. c.

2) de Cramer, suppl. Opusc., N. XIII, §. 67. p. 710, §. 68. N. 93. — Strube, Rechtl. Bedenken, Bd. I. Nr. 1. — v. Zwierlein, Nebenstunden, Th. I, Abh. 3, §. 3 u. 4. — Pütter, Primae lineae juris priv. Principum, §. 67. — Westphal, Deutsches Staatsrecht, S. 158. — Schnaubert, Staatsrecht d. Reichslande, §. 126—128. — Reuß, Deductions- und Urk.-Sammlg., Bd. IV, S. 263. — Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, §. 42.

halb der durch diese Bestimmungen seiner Macht gesetzten Schranken geblieben ist, und welche diesen Beziehungen nicht entgegen sind, weil nur dadurch der Staat und seine Hoheit selbst verbunden werden kann. Hat der Vorfahrer aber außerhalb diesen Bestimmungen oder wohl gar gegen dieselben gehandelt, so ist eine solche Handlung ohne Fug und Macht, also auch der verbindlichen Kraft für den Staat und folglich für den Nachfolger entblößt" [1]).

Als Handlungen, welche der Nachfolger in der Regel zu erfüllen habe, führt derselbe Schriftsteller (S. 224) beispielsweise an: die mit den Landständen geschlossenen Vergleiche, die mit auswärtigen Mächten eingegangenen Verträge, die von dem Vorfahren als Landesherrn gemachten Geschenke, die von demselben ertheilten Privilegien, die mit den Staatsdienern eingegangenen Dienstverträge u. s. w. Dagegen hat der Nachfolger nicht anzuerkennen diejenigen Handlungen seines Vorfahren, welche gegen die Staatsgesetze oder gegen die Staatswohlfahrt laufen, ebenso blos persönlich oder widerruflich eingegangene Verpflichtungen desselben (S. 213—223).

Dieß die Ansicht eines Schriftstellers und hohen Staatsbeamten, von dem man nicht sagen kann, daß er den Rechten der Fürsten etwas vergeben habe, und der andererseits durch die ausgedehnteste Vertheidigung der Lehenssuccession als einer Singularsuccession genugsam dafür bekannt ist, daß er auch die agnatischen Rechte zu schätzen wisse.

Die obige Ansicht folgt auch nicht nur ganz consequent aus der moralischen Persönlichkeit des Staats und der Eigenschaft des Regenten als Staatsoberhaupt, sondern es spricht auch dafür das frühere Reichsherkommen [2]). War jene Ansicht aber schon begründet zur Zeit des deutschen Reichs, so muß sie noch mehr jetzt für die einzig richtige gehalten werden, nachdem mit Auflösung des Reichs nicht blos der Lehensnexus mit demselben, unter dessen Vorwand in früheren Zeiten eine andere Meinung geltend gemacht worden, verschwunden, sondern auch die gesammte königliche Gewalt unter

---

1) v. Kamptz, a. a. O., S. 211.

2) v. Zwierlein, Nebenstunden, Th. 1, S. 79. — Strube, Rechtl. Bedenken, Bd. I. Nr. 1. — v. Kamptz, a. a. O., §. 61.

dem Titel „Souverainetät" auf die noch übrigen deutschen Fürsten übergegangen ist. Es stimmen auch alle neueren Schriftsteller dem Wesen nach damit überein [1]), und nur in Hinsicht auf die Regierungshandlungen eines unrechtmäßigen Zwischenherrschers, nach Wiedereinsetzung des legitimen Regenten, finden abweichende Meinungen statt, wiewohl auch die Gültigkeit solcher Handlungen von Manchen (Zachariä, Behr, Pfeiffer, Rießer) in so weit in Schutz genommen wird, als dadurch bereits Rechte Dritter begründet sind.

Wendet man nun obige Ansicht an auf das in Frage stehende Grundgesetz des Königreichs Hannover, so wird man wohl zugestehen müssen, daß dieses, wie es auf rechtmäßige Weise zu Stande gekommen (§. 3—5), auch einer Anfechtung im Allgemeinen nicht unterliege. Wenn irgend eine Handlung dem Subjecte der Staatsgewalt als solchem zukommt, so ist es die Errichtung eines Staatsgrundgesetzes, sei es in der Eigenschaft eines octroirten oder eines verabschiedeten Gesetzes. Daher werden die mit den Landständen errichteten oder von solchen genehmigten Verträge und Vergleiche von den Schriftstellern (v. Zwierlein, v. Kamptz) vorzugsweise zu denjenigen Handlungen gerechnet, welche der Nachfolger anzuerkennen habe. Daher findet sich insbesondere auch in den Privilegien der alten lüneburgischen Stände ausgesprochen, daß jeder Nachfolger die ertheilten Zusagen zu halten und daß das Land keinem neuen Herrn zu huldigen habe, bis solcher dieses eidlich versprochen [2]). Stand aber die Handlung als eine Regentenhandlung dem Vorfahren zu, so ergiebt sich daraus von selbst, daß eine vom Nachfolger ertheilte Bestätigung höchstens nur nützlich, nicht aber nothwendig ist [3]).

Gewiß wäre auch jedes Gemeinwesen zu bedauern, wo solche

---

1) Namentlich W. J. Behr, Staatswissenschaftliche Erörterungen. Bamberg und Leipzig 1818, Nr. 1. — Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 252. — Schmalz, Das deutsche Staatsrecht, §. 289. — Mauernbrecher, Grundzüge des heutigen deutschen Staatsrechts.

2) Z. B. die Urkunden von 1367, 1388, 1392, bei Jacobi, Lüneb. Landtagsabschiede, 1. Th., S. 6, 16, 22.

3) Schnaubert, a. a. O., §. 126. — v. Kamptz, a. a. O., §. 90.

Grundsätze nicht anerkannt, und daher die Staatseinrichtungen und selbst die Regierungsform immer wieder in Frage gestellt würden. Am allermeisten aber würde das Ansehen der Regierungen darunter leiden, wenn jeder Regent, was er von Regierungswegen unternimmt, nur mit der Besorgniß ausführen könnte, es möchte von seinem Nachfolger für ungültig erklärt, oder wenn, um diesem vorzubeugen, zuvor die Gesammtfamilie um ihren Consens müßte gefragt werden. Letzteres würde die Monarchie geradezu in eine Oligarchie verwandeln. Daher haben denn auch regierende Fürsten im Sinne der Gerechtigkeit und des conservativen Princips sich ganz besonders warm gegen diese Widerruflichkeit erklärt; unter Anderen der rechtliebende Kaiser Franz II. in dem schon erwähnten Handschreiben an gesammte Kurfürsten vom Jahr 1796.

„Man überläßt hiebei einem Jeden (heißt es hier) die weit aussehenden Folgen zu berechnen, welche nothwendig in ganz Deutschland entstehen würden, wenn je die Meinung herrschend werden sollte, daß der Nachfolger in der Regierung an die Handlungen seiner Vorfahren, die sie in der Eigenschaft als regierende Fürsten vorgenommen haben, der Regel nach nicht gebunden sei" [1]).

Auf ähnliche Weise äußerten sich auch schon im Jahr 1740 die Höfe von Wien und Berlin für die Verbindlichkeit des Nachfolgers [2]). Ebenso der Vorfahr Sr. Majestät König Georg's I. von England und Kurfürst von Braunschweig-Lüneburg im Jahr 1718, aus Anlaß der Verhandlungen zwischen dem Herzog Karl Leopold von Mecklenburg-Schwerin und den mecklenburgischen Ständen wegen der von Jenem behaupteten Unverbindlichkeit der von seinem Vorfahren mit diesen eingegangenen Verträge, in deren Folge sofort der Herzog von dem Reichshofrathe zur Ruhe verwiesen wurde:

---

1) Häberlin, Staatsarchiv, Bd. III, S. 27. — Vgl. Sententia de bonis clericorum decedentium de ao. 1173 (Pertz, Legum tom. II, p. 143): „antecessorum nostrorum divorum augustorum facta et orthodoxorum patrum statuta dignum duximus venerari."

2) König, Selecta juris publici novissimi, Tom V, 299 seq.

„Wir wollen — Euer Liebden — zu erwägen anheimgeben (sagte der König und Kurfürst), ob es möglich, daß ein unpräoccupirtes, Recht liebendes und christlich gesinntes Gemüthe deme Beifall geben und es für wohl gethan achten könne, daß ein Reichs-Stand seiner Vorfahren Hand und Sigel und resp. durch Kayserliche Confirmationes bestättigte pacta, Recesse und Abschiede auf einmal umstoßen und sich deren Verbindlichkeit eigenmächtig entreißen, sie für null und unkräftig erklären, und, um sich davon vermeintlich loszumachen, die Reichsconstitutiones zum Behelf nehmen und allegiren wolle" [1]).

Auch unter den Garanten der altwürttembergischen Verfassung nahmen die Könige von England und Kurfürsten von Braunschweig-Lüneburg eine wichtige Stelle ein, und es ist nächst den Bemühungen des Königs Friedrich von Preußen vorzugsweise dem Einflusse Sr. Majestät des Königs Georg III., Vaters des jetzt regierenden Königs Ernst August, zuzuschreiben, wenn jene Verfassung durch den Erbvergleich von 1770 wieder hergestellt wurde [2]).

Endlich ist die Entscheidung, welche in der Streitsache Sr. Durchlaucht des Herzogs Karl von Braunschweig mit den dortigen Ständen von der hohen deutschen Bundesversammlung gefällt wurde, ein unverwerfliches Zeugniß dafür, daß die hohen Regierungen Deutschlands wohlerworbene Rechte der Unterthanen gegen Eingriffe zu schützen nicht abgeneigt sind. Vermöge Bundesbeschlusses vom 4. Nov. 1830 wurde nämlich Sr. Durchlaucht eröffnet, daß nach Art. 54 und 56 der wiener Schlußacte die in anerkannter Wirksamkeit bestehende erneuerte Landschaftsordnung von 1820 von Höchstdemselben nicht anders als auf verfassungsmäßigem Wege abgeändert werden könne [3]).

Zwar handelte es sich hier nicht von dem Acte eines eigentlichen Regierungsvorfahren, sondern eines Regierungsvormundes,

---

1) J. J. Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 1093.

2) S. das Schreiben d. d. St. James 21. Aug. 1764, in Faber's neuer europ. Staatskanzlei, S. 67—79.

3) Klüber, Quellensammlung zu dem öffentlichen Recht des deutschen Bundes, 1ste Forts., Erlangen 1833, S. 16.

welcher während der Reichsverwesung auf gesetzliche Weise Verfassungsänderungen vorgenommen hatte, die sein nachher zur Selbstregierung gelangter Mündel nicht anerkennen wollte [1]). Allein wenn selbst in diesem Falle die Aenderungen aufrecht erhalten wurden, so kann man noch weniger bezweifeln, daß das Grundgesetz Hannovers, welches von dem vorigen Monarchen kraft eigenen Rechts gegeben worden, von dem Nachfolger nicht einseitig zurückgenommen werden dürfe, sofern nur dasselbe auf formell gültige und dadurch für den Stifter des Grundgesetzes selbst verbindliche Weise zu Stande gekommen.

§. 9. Ist das Staatsgrundgesetz vom 26. Sept. 1833 gültig? Gründe der Patente vom 5. Juli und 1. Nov. 1837 wider die Gültigkeit.

Das „Grundgesetz für das Königreich Hannover" ist zu Stande gekommen nach vorheriger Vernehmung der Wünsche und Anträge einer allgemeinen Ständeversammlung, welche, was die Deputirten des Bürger- und Bauerstandes betrifft, in Gemäßheit derselben Wahlverordnungen [2]) zusammengesetzt ward, nach welchen Seine jetzt regierende Majestät in Folge der Aufhebung jenes Grundgesetzes eine neue constituirende Versammlung einzurufen für gut gefunden haben. Die meisten Anträge der Stände waren von der damaligen hohen Regierung genehmigt und nur in wenigen Punkten, wie das Publications-Patent vom 26. Sept. 1833 sich ausdrückt, „zur Sicherstellung der landesherrlichen Rechte und zum Besten der getreuen Unterthanen," abweichende Bestimmungen nöthig gefunden worden.

Am 26. Sept. 1833 erhielt das Gesetz zu Windsor-Castle die Genehmigung Seiner Majestät des verewigten Königs Wilhelm IV.,

---

1) (Graf Münster) Widerlegung der ehrenrührigen Beschuldigungen, welche Sich Sr. Durchlaucht der regierende Herr Herzog von Braunschweig gegen Ihren erhabenen Vormund sich erlaubt haben. Hannover, 1827. — Zöpfl, Die Regierungsvormundschaft im Verhältnisse zur Landesverfassung 1830. — J. Weiske, Abhandl. aus dem Gebiete des deutschen Rechts. Lpzg. 1830, Nr. 8.

2) Vom 2. und 22. Febr. 1832.

und es ward sofort dasselbe durch die Gesetzsammlung des Königreichs Hannover *) bekannt gemacht. In Gemäßheit eben dieses Grundgesetzes ist die Ständeversammlung ohne Widerspruch von irgend einer Seite fünfmal versammelt gewesen und eben so oft ward der Staatshaushalt nach demselben festgestellt. Die Steuern werden noch im gegenwärtigen Augenblicke nach Maßgabe des verabschiedeten Budgets erhoben, und eine Reihe der wichtigsten Gesetze, welche mit Einwilligung der grundgesetzlichen Stände erlassen worden waren, bestehen in voller Wirksamkeit und sind selbst durch das Patent vom 1. November 1837 als gültig und bestehend anerkannt.

Es kann also wohl nicht bezweifelt werden, daß das Staatsgrundgesetz und die in demselben begründete Verfassung bis zum Regierungs-Antritte Seiner Majestät des Königs Ernst August in anerkannter Wirksamkeit bestanden haben und theilweise noch jetzt bestehen. Demungeachtet glaubten Seine Majestät Gründe zu finden, aus welchen das besagte Staatsgrundgesetz nicht zu Recht bestehen könne. Diese Gründe sind zwar in dem Patente vom 5. Juli 1837 nicht näher bezeichnet, vielmehr beschränkte sich dieses auf die Erklärung, daß Seine Majestät in dem weder in formeller noch materieller Hinsicht für Sie bindenden Staatsgrundgesetze eine hinreichende Gewähr für das dauernde Glück Ihrer getreuen Unterthanen, deren Wohl nach den von der göttlichen Vorsehung Ihnen auferlegten Pflichten möglichst zu fördern, Ihr unablässiges Bestreben sein werde, nicht finden können.

Weitere Gründe werden jedoch in dem Patente vom 1. Nov. namhaft gemacht. Hier wird hervorgehoben: Das Staatsgrundgesetz vom 26. Sept. 1833 können Seine Majestät als ein Hochdieselben verbindendes Gesetz nicht betrachten, da es auf eine völlig ungültige Weise errichtet worden. Die allgemeine, durch das Patent vom 7. Dec. 1819 entstandene, Ständeversammlung habe, als sie in ihrem Schreiben an das königliche Cabinets-Ministerium vom 30. April 1831 die Errichtung eines Staatsgrundgesetzes beantragt, den Grundsatz ausgesprochen, daß ein solches hochwichtiges Werk nur durch einhelliges Zusammenwirken des Königs und der Stände zu Stande gebracht werden könne. Die Regierung habe

*) G. S. 1833, 1. Abth. S. 279.

diesen Grundsatz angenommen, und mithin sei nicht von einer dem Lande vom König zu gebenden, sondern von einer vertragsmäßig zwischen dem Regenten und seinen Ständen zu errichtenden Verfassung die Rede gewesen. Allein der Grundsatz der vertragsmäßigen Errichtung sei auf mehrfache Weise verletzt worden. Denn mehrere der von der allgemeinen Ständeversammlung in Beziehung auf das neue Staatsgrundgesetz gemachten Anträge haben nicht die Genehmigung der königlichen Regierung erhalten, sondern es sei dasselbe mit den von dieser für nothwendig oder für nützlich gehaltenen Abänderungen am 26. Sept. 1833 vom Könige verkündigt worden, ohne daß solche zuvor den allgemeinen Ständen mitgetheilt und von ihnen wären genehmigt worden. Offenbar fehle es also an dem einhelligen Zusammenwirken des Regenten und seiner Stände in Hinsicht der in dem Staatsgrundgesetze enthaltenen Bestimmungen, wodurch die bis dahin in anerkannter Wirksamkeit gestandene Verfassung v. J. 1819 aufgehoben werden sollte. Offenbar enthalte diese Errichtungsart des Staatsgrundgesetzes eine wirkliche Verletzung der bestimmten Vorschrift des Art. 56 der wiener Schlußacte v. J. 1820. Allein nicht nur ungültig und folglich für Seine Majestät unverbindlich sei überhaupt das Staatsgrundgesetz, wenn man dessen Entstehung betrachte, sondern es enthalte dasselbe auch mehrere Vorschriften, welche sich als vollkommen ungültig und für Seine Majestät unverbindlich aus dem Grunde darstellen, weil sie Ihre agnatischen Rechte tief kränken und selbst Ihre Regierungsrechte wesentlich verletzen. Der dem Staatsgrundgesetze anklebende Fehler der Ungültigkeit sei aber durch eine von Seiner Majestät erfolgte Anerkennung nicht gehoben worden; denn Sie haben Ihren Widerspruch gegen das Staatsgrundgesetz offen zu erkennen gegeben und Ihre Unterschrift zu wiederholten Malen verweigert.

§. 8. Einwendungen wider die formelle Verbindlichkeit des Staatsgrundgesetzes.

A. Mangelhafte ständische Einwilligung.

Sondern wir diese Gründe gegenseitig von einander ab, so zeigt sich in der That, daß mehrere derselben gegen die formelle, andere gegen die materielle Verbindlichkeit des Staatsgrundgesetzes gerich-

tet sind. Zu den ersteren dürften namentlich folgende Einwendungen gerechnet werden:

a) daß das Grundgesetz gegen die erklärte Absicht von Regierung und Ständen nicht vertragsmäßig zu Stande gekommen;

b) daß die bis dahin in anerkannter Wirksamkeit gestandene Verfassung von 1819 unter Verletzung des Art. 56 der wiener Schlußacte aufgehoben worden.

Beide Gründe hängen genau mit einander zusammen; denn eine Verletzung des Art. 56 der wiener Schlußacte wird in dem Patente vom 1. Nov. eben darauf gestützt, daß die neue Verfassung nicht vertragsmäßig zu Stande gekommen. Gleichwohl können sie auch getrennt betrachtet werden, indem auch abgesehen von der Bestimmung der Schlußacte das Staatsgrundgesetz in dem Falle als unverbindlich erscheinen müßte, wenn es an den formellen Bedingungen eines solchen Gesetzes fehlte, so daß alsdann die Verletzung der Schlußacte nur als ein accessorischer Richtigkeitsgrund sich geltend machen würde. Der erstere Grund wäre hienach ein staatsrechtlicher, der zweite ein bundesrechtlicher. Indessen vermögen wir keinen derselben anzuerkennen.

Was den ersten Grund betrifft, so ist allerdings zuzugeben, daß in dem Schreiben vom 30. April 1831, worin die Stände auf Bearbeitung des Staatsgrundgesetzes antrugen, die Hoffnung auf einhelliges Zusammenwirken Seiner Majestät des Königs und der getreuen Stände ausgedrückt wurde. Allein als Bedingung des Zustandekommens ward jene Einhelligkeit von den Ständen nicht gestellt, noch ist eine solche Bedingung von der königlichen Regierung zugegeben worden; vielmehr hatten Sich des verewigten Königs Majestät in der Erwiederung vom 16. Juni 1831 die endliche Entschließung auf den von den beiderseitigen Commissarien zu bearbeitenden Entwurf ausdrücklich vorbehalten. Eben so wenig verstand sich jene Bedingung von selbst; denn es ist keineswegs staatsrechtlicher Grundsatz in Deutschland, daß zur Begründung einer neuen Landesverfassung stets die Einwilligung der Stände nothwendig sei. Sehr viele, ja die meisten neueren Verfassungsgesetze sind geradezu von den Regierungen erlassen worden, so namentlich die nassauische Verfassung v. J. 1814, die Verfassungsurkunden Baierns und Badens v. J. 1818, die Edicte des Königs von

Preußen über Einführung der Provinzialstände von den Jahren 1823 und 1824. Niemand zweifelt an der Gültigkeit dieser Gesetze aus dem Grunde, weil dieselben nicht auf einem Vertrage beruhen; und in der That ist auch kein Grund dazu vorhanden: denn das Recht zur Ertheilung von Privilegien ist ein in der Souverainetät begriffenes Recht, und nur insofern beschränkt, als nicht wohlerworbene Rechte dadurch verletzt werden dürfen. Selbst die hannöversche Verfassung vom Jahr 1819, zu welcher jetzt wieder zurückgekehrt werden soll, ist eine octroirte, keine pactirte Verfassung; denn das Patent vom 7. Dec. 1819 ist rein in der Form eines Gesetzes, und ohne daß eine vollständige Vereinbarung zwischen der Regierung und den Ständen Statt gefunden hätte, erlassen worden. In vielen wesentlichen Beziehungen war dieses Patent vielmehr den ausgesprochenen Wünschen der allgemeinen Ständeversammlung entgegen, welche zu dem Verfassungsentwurfe und zu dem Reglement für die Stände in Allem 66 abweichende Anträge an die Regierung gestellt hatten, von welchen 16 verworfen wurden *). Namentlich hielten die Stände den Zweck einer wohlgeordneten ständischen Repräsentation und wahren Volksvertretung in dem eingeführten Zweikammersysteme nicht gesichert, und eben so wenig waren sie mit der Einführung der Majoratherrn und der Präsidenten des Obersteuer- und Schatz-Collegiums und der sieben von den Provinzial-Landschaften zu wählenden Schatzräthe einverstanden. Demungeachtet haben Seine Majestät der König Ernst August, damals Herzog von Cumberland, niemals Einwendungen gegen das Patent vom Jahr 1819 erhoben, vielmehr solches wiederhergestellt, und zwar aus dem Grunde, weil das Grundgesetz vom Jahr 1833 nicht den vollen Consens der Stände für sich gehabt habe, während, wenn anders eine solche Einwendung jetzt überhaupt noch am Platze sein sollte, dieselbe weit eher der Verfassung v. J. 1819, als derjenigen v. J. 1833 opponirt werden könnte, welche letztere in allen wesentlichen Stücken, namentlich hinsichtlich der ständischen Organisation den Anträgen und Wünschen der constituirenden Versammlung gemäß war.

---

*) S. Gedruckte Denkschrift über die Gültigkeit des Staatsgrundgesetzes, Beil. zur Eingabe an den Bund, Nr. 5. S. 43.

Nur 18 Anträge der letztern blieben unberücksichtigt, von welchen aber die Regierung behauptete, daß eine Abänderung derselben zur Sicherstellung der landesherrlichen Rechte und zum Besten der getreuen Unterthanen nothwendig gewesen [1]). Inwiefern, was indirect zugleich von oben geltend gemacht wurde, eine Zustimmung der Stände zu den betreffenden Dissens-Punkten nicht erforderlich und daher die Regierung in 17 §§. Abänderungen für sich vornehmen konnte [2]), bedarf hier zunächst keiner weiteren Untersuchung. Doch können wir nicht unbemerkt lassen, daß einige jener Aenderungen bloße Redactionsverbesserungen (G.-G. §. 10, 21), andere mehr oder minder erhebliche Zusätze enthalten, welche aber den bis dahin bestandenen, oder später von den Ständen ausdrücklich zugestandenen Gesetzen und Regierungsbefugnissen vollkommen gemäß waren (§. 31, 34, 40, 53, 124, 129). Selbst der Zusatz im §. 23 des jetzigen Grundgesetzes, daß der Regent auch im Grundsysteme der allgemeinen Ständeversammlung eine Abänderung überall nicht vornehmen dürfe, desgleichen der Zusatz im §. 163, wonach auch der Beamte, welcher grobes öffentliches Aergerniß gibt, entlassen werden darf, können wohl nur als den ständischen Wünschen entsprechend betrachtet werden. Ebenso unverfänglich sind die wenigen Auslassungen im redigirten Gesetze, z. B. Cap. II, §. 7, des ständischen Entwurfs, da die dort vorbehaltene Vergütung von Seiner Majestät auf das Schatullgut übernommen worden, und Cap. VII, §. 28, des Entwurfs (G.-G. §. 149), da der von der Ständeversammlung in Antrag gebrachte Zusatz, wonach den von den Ständen zur Prüfung der Rechnungen der Generalcasse auf Lebenszeit zu ernennenden Commissarien die E r h a l t u n g e i n e r f o r t l a u f e n d e n U e b e r s i c h t ü b e r d e n G a n g d e s S t a a t s h a u s h a l t e s mit aufgetragen werden solle, durch das Publicationspatent v. 26. Septbr. 1833, Nr. 12, und das Gesetz v. 30.

1) Publications-Patent v. 26. Sept. 1833, in der hannöverschen Gesetzsammlung v. J. 1833, 1. Abth. S. 279.

2) Publ.-Patent a. a. O. Nr. 1—14, und die Collation in der Eingabe an die Bundesversammlung. S. 76 — 80.

Juli 1834, §. 10, seine Erledigung erhalten hat *). Die Anträge der Stände im §. 18, Cap. II (G.-G. §. 22), §. 3, Cap. III (G.-G. §. 29), §. 43, Cap. VI (G.-G. §. 114), konnte die Regierung als bloße Petitionen unzweifelhaft zurückweisen. Der §. 13, Cap. VI (G.-G. §. 83) aber ist von der Regierung in separato zugestanden worden.

Ein Zweifel darüber, ob die Regierung bei jenen Aenderungen in ihrem Rechte sei, könnte nur allenfalls entstehen hinsichtlich der §§. 34 und 37 des Grundgesetzes, wo eines Theils dem Könige das Recht definitiv eingeräumt wird, auf den Bericht des Gesammt-Ministeriums die Competenz auf eine andere ordentliche Gerichtsbehörde zu übertragen, ein Recht, welches die Stände nur provisorisch bis zur Erlassung der betreffenden Gesetze einräumen wollten, andern Theils die Wiederaufhebung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden durch gerichtlichen Spruch nur alsdann zugelassen wird, wenn auf verfassungsmäßigem Wege entschieden sei, daß die in Frage befangene Angelegenheit zur Competenz der Verwaltungsbehörde nicht erwachsen gewesen, während nach dem ständischen Entwurfe eine gegen Verfügungen der Ver-

*) Man traut seinen Augen nicht, wenn man in den neuesten Cabinetsschriften die Behauptung, daß hinsichtlich wesentlicher Bestandtheile der früheren Verfassung, die nur auf dem Wege des Vertrags zwischen Herrn und Ständen haben festgesetzt werden können, die erforderliche Uebereinkunft in dem Staatsgrundgesetze ermangelt habe, damit begründet wird, daß die verfassungsmäßige, auf früherem Vertrage beruhende Mitwirkung der Landstände bei der Finanzverwaltung unter Nichtachtung der ständischen Anträge durch den §. 149 des Grundgesetzes einseitig von der Regierung geregelt und die bisherige intensive Kraft der Stände gegen ihren Willen bedeutenden Eintrag erlitten habe. Also ein wohl erworbenes Recht der Stände wäre in der obigen Omission verletzt worden, und der Zweck von Sr. Majestät Maßregeln wäre die Herstellung der „intensiven" Kraft der Stände! Hatten denn die Stände vor 1833, abgesehen von der durch das Schatzcollegium verwalteten Steuercasse, eine Mitwirkung bei der Finanzverwaltung? Und ist die Erhaltung einer fortlaufenden Uebersicht über den Gang des Staatshaushaltes wesentlicher Bestandtheil irgend einer Verfassung, namentlich der von Sr. Majestät proponirten? Ist nicht eine solche Uebersicht überhaupt erst durch das Grundgesetz geschaffen und von Sr. Majestät wieder vernichtet worden?

waltungsbehörden gerichtete Klage von den Gerichten schon alsdann sollte angenommen werden dürfen, wenn der Kläger erweislich bei der vorgesetzten höheren oder höchsten Verwaltungsbehörde bereits Hülfe gesucht und solche innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht gefunden habe.

Müssen wir indessen dahin gestellt sein lassen, ob diese Bestimmungen als neue, dem bestehenden Rechte in Hannover zuwiderlaufende, und daher einer ständischen Verabschiedung bedürfende Gesetze dürfen bezeichnet werden: jedenfalls kann aus der Aufnahme derselben in das Staatsgrundgesetz eine Nichtigkeit des letztern im Ganzen nicht gefolgert werden, da in Hinsicht auf alle wesentlichen Bestandtheile der neuen Verfassung, namentlich in Hinsicht auf die ständische Organisation, volle Uebereinstimmung Statt gefunden hat, und da eine fehlerhafte Verfügung in Hinsicht auf den außerwesentlichen Inhalt eines Geschäfts, namentlich die mangelnde Uebereinstimmung der Paciscenten in Hinsicht auf einen solchen Inhalt, der Verbindlichkeit des Hauptgeschäfts nichts schadet, nach dem bei Auslegung von Rechtsgeschäften überall geltenden Grundsatze: utile per inutile non vitiatur *).

Gesetzt aber auch ein vollständiger Consens der Regierung und der Stände habe in Hinsicht auf den Inhalt des Staatsgrundgesetzes nicht Statt gefunden, so wäre es doch nicht Seine Majestät, welche eine Einrede daraus, als aus dem Rechte eines Dritten, zu formiren hätten; denn nicht ein Recht Sr. Majestät, sondern ein Recht der Stände wäre durch Umgehung des ständischen Consenses verletzt. Zwar wird behauptet, daß der König berufen sei, in der fraglichen, wie in jeder anderen Beziehung das Recht seiner Unterthanen zu erhalten; allein abgesehen davon, daß der Art. 57 der wiener Schlußacte, worauf sich dießfalls berufen wird, gar keine Beziehung hieher leidet, da nicht die Sicherung der Rechte der Stände, sondern die des Monarchen Zweck desselben ist, abgesehen ferner davon, daß, hätten Rechte der Stände Eintrag erlitten durch Versagung einzelner ihrer Wünsche, dieselben am besten gewahrt worden wären durch deren nachträgliche Erfüllung, nicht aber durch Vernichtung des ganzen i. J. 1833 gewonnenen Rechtszustandes: so kann man doch gewiß

*) D. XXII. 1. Fr. 20. 26. 29. — XLV. 1. Fr. 1. §. 5. — C. VIII. 54. c. 36. §. 3. — Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, §. 113.

selbst von dem gewissenhaftesten Monarchen im Verhältniß zu den Ständen nicht mehr verlangen, als daß er denselben Gelegenheit gebe, ihre Rechte geltend zu machen, nicht aber sie ihnen aufdringe. Nun hat aber weder die grundgesetzliche, noch die von Seiner Majestät mit Berufung auf das Patent v. J. 1819 eingerufene Ständeversammlung die Ungültigkeit des Grundgesetzes wegen angeblich mangelnden Consenses behauptet; vielmehr ist dieser Mangel, wenn er je nach dem Angeführten rechtlich in Betracht kommen könnte, durch nachträgliche Genehmigung gehoben worden; denn nicht nur haben die Stände seit Erlassung des Grundgesetzes nicht demselben widersprochen, sondern auch in der Adresse vom 17. Dec. 1833 ausdrücklich erklärt:

> „Sind auch nicht alle von den Vertretern des Landes ausgesprochenen Wünsche erfüllt, das Land und die getreuen Stände schätzen darum diejenigen Wohlthaten nicht minder, welche sie allein der ruhmwürdigen Festigkeit verdanken, mit der Ew. Königl. Majestät das gegebene Wort gelöset. Unerschütterlich bauend auf Ew. Königl. Majestät Entschluß, die ertheilten Zusagen offen und redlich zu erfüllen, nehmen auch die getreuen Stände dieses Staatsgrundgesetz, wie solches von Ew. Königl. Majestät publicirt worden, an als Grundlage des Staats, und werden nichts versäumen, was demselben Bestand sichern kann.“

Die Verbindlichkeit dieser Erklärung kann keineswegs etwa aus dem Grunde bestritten werden, weil nicht die constituirende Versammlung v. J. 1832, sondern die constituirte Versammlung v. J. 1833 dieselbe abgegeben habe; denn in Hinsicht auf die Organisation der allgemeinen Ständeversammlung waren Regierung und Stände durchaus einverstanden; die Versammlung von 1833 konnte sich also von Rechtswegen als Nachfolgerin der constituirenden Stände in der Landes-Repräsentation betrachten und einen mangelhaften Consens derselben, wenn je ein solcher vorhanden, mit Wirkung ergänzen; denn nicht auf die physischen Personen, welche die moralische Person der Ständeversammlung darstellten, kam es hierbei an, sondern darauf, daß solche dem Gesetze gemäß gerufen und zusammengesetzt ward. Jedenfalls würde der gedachte Einwand für die Maßregeln Sr. Majestät des jetzigen Königs wider das Staatsgrundgesetz zu viel beweisen, indem diejenigen Stände, welche Höchstdieselben zur

Berathung einer neuen Verfassung einzurufen geruht haben, weder nach Maßgabe des Patents v. J. 1819, noch in Gemäßheit des Staatsgrundgesetzes vom Jahr 1833 gebildet *), und gerade dieselben Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes, welche nach dem Obigen allein einen formellen Anstand bilden könnten, in den neuen Entwurf einer Verfassungsurkunde (§§. 24 u. 32) von der gegenwärtigen Regierung wieder aufgenommen, also ohne Zweifel gleichfalls für zweckmäßig erkannt worden sind.

B. Der Art. 56 der wiener Schlußacte.

Die Schlußacte der wiener Ministerialconferenz v. J. 1820 bestimmt Art. 56:

> „die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassungen können nur auf verfassungsmäßigem Wege wieder abgeändert werden."

Eine Verletzung dieses Artikels wird der früheren Regierung Hannovers darum Schuld gegeben, weil solche das Patent v. J. 1819 nicht auf vertragsmäßigem Wege aufgehoben, oder, um mit dem Patente vom 1. Nov. zu reden, weil sie das Staatsgrundgesetz mit den von ihr für nothwendig oder nützlich gehaltenen Abänderungen am 26. Sept. 1833 verkündigt habe, ohne daß letztere zuvor den allgemeinen Ständen mitgetheilt und von ihnen wären genehmigt worden.

Wider diese Beschuldigung wird jedoch Se. Majestät der höchstselige König, dessen bundesfreundliche Gesinnungen ohne Zweifel ebenso sehr wie sein erprobter Rechtssinn noch in allgemeinem dankbaren Andenken bei seinen früheren deutschen Unterthanen stehen, leicht zu vertheidigen sein. Vor Allem könnte es zweifelhaft sein, ob vertragsmäßiger oder verfassungsmäßiger Weg mit dem Patente vom 1. Nov. geradezu synonym dürfen genommen werden, da in dem Art. 56 der wiener Schlußacte keineswegs gesagt ist, daß der verfassungsmäßige Weg nur der vertragsmäßige sei. Sodann aber scheint die Berufung Seiner jetzt regierenden Majestät auf das Bundesrecht um so weniger gerechtfertigt zu sein, nachdem

*) Vrgl. Actenstücke der sechsten allgemeinen Ständeversammlung des Königreichs Hannover, 1. Diät., Heft 1, Nr. 2 u. 3.

Höchstdieselben Selbst ein Verfahren eingeschlagen haben, welches, gesetzt auch die Einwendungen wider das Staatsgrundgesetz wären noch so sehr begründet, den Anforderungen des Art. 56 der Schlußacte keineswegs entsprechen dürfte, indem Se. Majestät nicht nur dieses in anerkannter Wirksamkeit befindliche Grundgesetz geradezu einseitig aufgehoben, sondern auch die vorangegangene Verfassung v. J. 1819, welche dem gemäß um so gewisser wieder hätte vollkommen hergestellt werden sollen, bei Seite gesetzt haben durch Anordnung einer allgemeinen Ständeversammlung, von welcher die Mitglieder des Schatzcollegiums mit ihrem alten, in dem Patente vom Jahr 1819 anerkannten Landstandschaftsrechte zum Voraus ausgeschlossen wurden.

Zur Sache selbst übergehend müssen wir daran erinnern, daß, wie oben bereits gezeigt worden, die Einwilligung der Stände in die neue Grundverfassung des Königreichs in der That vorhanden war, und daß nur in einzelnen hiemit zufällig in Verbindung gesetzten Bestimmungen jener Consens anfangs fehlte, hintennach aber durch ausdrückliche und stillschweigende Ratihabition der neuen allgemeinen Ständeversammlung supplirt wurde. Insbesondere ist darauf aufmerksam zu machen, daß jene Einwilligung bei keiner einzigen Aenderung des Patents v. J. 1819 abging, und daß also der Art. 56 der Schlußacte, auch wenn hierin die Vertragsform bei abändernden Verfassungsbestimmungen durchaus gefordert sein sollte, in dem Staatsgrundgesetze vollständig gewahrt erscheint.

Wenn wir übrigens unter verfassungsmäßigem Wege im Sinne des Art. 56 der wiener Schlußacte überhaupt denjenigen Weg zu begreifen haben, welchen die bisher bestehende Landesverfassung vorzeichnet *), so könnte selbst noch der Zweifel entstehen, ob diese Ratihabition in Gemäßheit des Patents v. J. 1819 zur Gültigkeit der neuen Landesverfassung nothwendig war. Da nämlich hierin (§. 6) der allgemeinen Ständeversammlung außer dem Rechte der Steuerverwilligung nur „das Recht auf Zurathziehung bei neu zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen" und das Recht, über die zu ihrer Berathung gehörigen Gegenstände Vorstellungen zu machen, eingeräumt ist, und da auch in der Periode von 1819 bis 1832 der Regierung bei Ausführung des Patents und selbst bei der landstän-

*) Mauernbrecher, Deutsches Staatsrecht, §. 51.

dischen Organisation, wie z. B. hinsichtlich der Ausdehnung der Repräsentation des Bauerstandes factisch freie Hand gelassen worden: so könnte es scheinen, als ob die Regierung überall an die ständische Einwilligung zu den einzelnen Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes, so wie anderer Gesetze rechtlich nicht gebunden gewesen, und jedenfalls der in dem Publicationspatente vom 26. September 1833 aufgestellte Unterschied zwischen solchen Punkten, welche der Zustimmung der Stände bedürfen und andern, wobei diese nicht bedürftig, juristisch begründet sei? Allein abgesehen von dem Zweifel, ob unter dem Rechte auf „Zurathziehung" blos die Befugniß zu einer unverbindlichen Consultation und nicht vielmehr das uralte ständische Recht der Zustimmung zu den von dem Landesherrn mitgetheilten Gesetzesvorschlägen verstanden sei, möchte doch jenes beschränkte Recht des Beiraths keinen Falls zu beziehen sein auf Abänderung einer in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassung, wovon im Art. 56 der Schlußacte die Rede ist, und wozu schon nach den Grundsätzen des alten Reichsstaatsrechts die vorgängige Einwilligung der Landstände stets erforderlich war *).

Neue Privilegien konnten dagegen den Ständen auch nach dem Art. 56 der Schlußacte ohne ihre besondere Einwilligung von dem Könige verliehen werden; und ebenso blieb eine weitere Ausführung der verabschiedeten Verfassung und die Redaction derselben der Gesetzgebung überlassen.

Da nun, wie gesagt, an dem Inhalte des Patents v. J. 1819 durch das Staatsgrundgesetz lediglich nichts geändert ist, ohne daß die förmliche Zustimmung der Stände schon vor dessen Promulgation erfolgt wäre, so sieht man in der That nicht ein, wie der Art. 56 der Schlußacte zur Rechtfertigung einer Maßregel herbeigezogen werden mochte, welche lauter als irgend eine andere diesen Artikel geradezu verletzt, indem sie eine Verfassung zerstörte, welche in bester Form zu Stande gebracht, ihre wohlthätigen Wirkungen täglich mehr bekräftigte, und, was der Prüfstein jeder öffentlichen Verbesserung, bereits im Volke selbst lebendigen Boden gewonnen hatte, der ihr nur mühsam wieder zu entziehen sein dürfte.

---

*) Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Göttg. 1803. S. 281.

C. Die neuesten Vorgänge in Hannover.

Vielleicht ist es nicht unangemessen, an diesem Orte die Frage zu untersuchen:

> in wie fern etwa durch die neuesten Vorgänge in Hannover seit Aufhebung des Staatsgrundgesetzes dieses Gesetz selbst in den Hintergrund getreten und einer anderen gültigen und wirksamen Schöpfung Platz gemacht habe?

Wir würden diese Frage für ziemlich überflüssig gehalten haben, wenn nicht in einem öffentlichen Actenstücke, nämlich in einem Erlasse der königl. Landdrostei zu Osnabrück an den dortigen Magistrat vom 2. Mai 1838 auf allerhöchsten Befehl die Verbreitung von Petitionen um Wiederherstellung des Staatsgrundgesetzes aus dem Grunde als unzulässig verboten worden wäre, „weil von Sr. königl. Majestät die Aufhebung des vormaligen Staatsgrundgesetzes erst nach langer und sorgfältiger Prüfung aller Verhältnisse beschlossen, die durch das Patent vom 7. Dec. 1819 eingeführte landständische Verfassung für die rechtsgültige erklärt, und dies thatsächlich vom Lande durch Erwählung und Absendung der in gehöriger Anzahl erschienenen Deputirten zur gegenwärtigen allgemeinen Ständeversammlung anerkannt worden sei.“ Hierbei wurde noch als unzweifelhaft erklärt, daß, nachdem die allgemeine Ständeversammlung sich ordnungsmäßig constituirt und vollgültige Beschlüsse gefaßt habe, die durch das Patent vom 7. Dec. 1819 eingeführte landständische Verfassung in voller Wirksamkeit sei, und daß den gegen solche Verfassung gerichteten Petitionen niemals Folge gegeben werden könne.

Hiernach wird von Seite des königlichen Cabinets zu Hannover angenommen, daß das Staatsgrundgesetz v. J. 1833 schon darum nicht mehr angerufen werden könne, weil nicht dieses, sondern wieder das Patent vom 7. Dec. 1819 in voller Wirksamkeit sei. Etwas an dieser Behauptung ist allerdings sogleich zuzugeben: daß das Staatsgrundgesetz gegenwärtig nicht in voller Uebung sei. Allein was ist Schuld an diesem Zustande? Doch gewiß nur die Maßregeln, wodurch Se. Majestät seit Ihrem Regierungsantritte dasselbe einseitig seiner bis dahin anerkannten Wirksamkeit entzogen haben, insbesondere das Patent vom 1. Nov. 1837, wodurch geradezu seine Unverbindlichkeit auf die unumwundenste Weise erklärt ward. Aller-

dings kann jeder Staat vermöge der ihm zukommenden Autonomie in Entwicklung seiner öffentlichen Einrichtungen beliebig vor oder rückwärts gehen, und öfters ist ein scheinbarer Rückschritt eben so gewiß ein Fortschritt zum Guten, als umgekehrt ein scheinbares Vorwärtsgehen eine Rückkehr zu demselben Ziele, von welchem man ausgegangen. Auch die hannöversche Regierung hatte unzweifelhaft das Recht, in Uebereinstimmung mit den rechtmäßigen Ständen den Verfassungszustand v. J. 1833 zu verlassen, und selbst zu der allgemein für unvollständig und ungenügend gehaltenen Verfassung v. J. 1819 zurückzukehren, wenn der Wunsch und das Bedürfniß des Staats dies erheischen sollte. Aber sind diese Bedingungen einer Verfassungsänderung in gegenwärtigem Falle erfüllt? Hat sich die Nation in irgend einer Weise für die Aenderung erklärt? Ist eine solche Erklärung insbesondere erfolgt, bevor Se. Majestät den entscheidenden Schritt gethan haben? Oder ist dieselbe etwa nachgefolgt?

Auf alle diese Fragen vermögen wir nur mit Nein! zu antworten; denn das einzige rechtmäßige Gesammtorgan des Volkes, die allgemeine Ständeversammlung, zusammengesetzt und berufen nach den Vorschriften des Grundgesetzes, haben Seine Majestät alsbald nach Ihrer Ankunft in der Residenz vertagt, ohne ihr auch nur ein einziges Gehör, das sie so sehr wünschte, zu gestatten. Dieselbe Versammlung ward endlich mit der Verfassung selbst, worauf sie beruhte, durch das Patent vom 1. Nov. 1837 ganz aufgelöst und somit außer Stand gesetzt, über die ohne ihr Zuthun erfolgten Schritte irgendwie eine Erklärung abzugeben.

Fragen wir nun: wodurch soll die Anerkennung des neuen Zustandes bewirkt worden sein? so antwortet darauf der landdrosteiliche Erlaß vom 2. Mai 1838:

> durch Erwählung und Absendung der in gehöriger Anzahl erschienenen Deputirten zur allgemeinen Ständeversammlung v. J. 1838.

Es ist wahr, eine Novation kann nach den Ansichten mancher Rechtslehrer auch stillschweigend geschehen, und wenn gleich in neuerer Zeit mit Rücksicht auf die const. ult. Cod. de novationibus et delegationibus (VIII, 42) wieder behauptet worden, daß nur die ausdrücklich erklärte Veränderung eines Obligations-Verhältnisses zu-

lässig sei [1]), so glauben doch auch wir annehmen zu müssen, daß unter Umständen der entschiedene Wille der Interessenten, zu noviren, auch aus concludenten Thatsachen könne gefolgert werden, zumal da die angeführte Gesetzesstelle nur eine durchaus positive, auf gewisse förmliche Geschäfte bezügliche Bestimmung enthält, deren Anwendung auf staatsrechtliche Verhältnisse mit Grund zu bezweifeln ist. Sind aber solche Thatsachen in Hannover vorgekommen, woraus auf die entschiedene Absicht der hannöverschen Stände, das Patent v. J. 1819 wieder an die Stelle des Staatsgrundgesetzes treten zu lassen, könnte geschlossen werden?

Die Erwählung und Absendung von Deputirten zur neuen nach jenem Patente eingerufenen Ständeversammlung rechtfertigen diesen Schluß noch nicht; denn einmal haben diese Handlungen unter Umständen Statt gefunden, bei welchen der animus novandi, d. h. der Wille auf das Staatsgrundgesetz zu verzichten und statt dessen das alte Patent sich wieder gefallen zu lassen, nicht wohl zu vermuthen ist [2]), und dann war jene Einrufung selbst nach

1) Hepp, im Archiv für civ. Praxis, Bd. XV, Abh. 11.

2) Wie schwer es ist, bei Anfechtung des Staatsgrundgesetzes, Boden zu gewinnen, sieht man aus der von dem königl. Cabinette in der letzten Sitzung der hohen Bundesversammlung v. J. 1838 übergebenen „Auseinandersetzung, daß die Verfassung v. J. 1819 in anerkannter Wirksamkeit stehe." Auch hier wird auf die Wahl zu der neuen Versammlung das Hauptgewicht gelegt; allein wenn es wahr sein sollte, was öffentliche Blätter berichtet haben, daß diese Wahl an vielen Orten nur mit Widerstreben und mit ausdrücklichem Vorbehalte des Grundgesetzes erfolgt, daß ferner von Seite des Cabinets jene Wahl, selbst unter Drohungen, beziehungsweise Versprechungen, befohlen und die beigefügten Vorbehalte cassirt worden, so müßte es auffallen, wie gleichwohl die stattgehabten Wahlen jetzt als eine Anerkennung des Patents mögen ausgelegt werden. Das k. Cabinet gibt zwar nur theilweise jene Vorbehalte zu; allein was es hierüber sagt, bedarf keines Commentars: „Die Städte Hannover, Lüneburg und Buxtehude, sowie die nicht zur Ritterschaft gehörenden Grundbesitzer des ersten Wahldistricts in der Provinz Lüneburg hatten Anfangs das ihnen zustehende Wahlrecht dazu zu mißbrauchen gesucht, bei den Wahlen Vorbehalte hinsichtlich der Aufrechthaltung des beseitigten Staatsgrundgesetzes auszusprechen. Solche Wahlen, die nicht dazu geeignet waren, die Deputirten als auf den Grund der ständischen Verfassung v. J. 1819 legitimirt und dieser gemäß gewählt darzustellen, haben Seine Majestät cassirt."

einem Gesetze, welches dem Rechte und der That nach nimmer bestand, eine ungesetzliche und darum nichtige Handlung. Konnte hiernach diese Handlung selbst keine rechtlichen Wirkungen äußern, so entbehrte solcher nicht minder die in Folge derselben geschehene Deputirtenwahl, gesetzt auch, diese wäre überall und unbedingt und, wo sie geschehen, nicht sowohl aus Reverenz gegen den königlichen Befehl und aus Rücksicht auf die dringlichen Umstände, als vielmehr aus wirklicher Lust zur Veränderung vorgenommen worden.

Uebrigens steht der von der königlichen Regierung angenommenen Deutung noch Folgendes entgegen:

1) Der Zweck einer Deputirtenwahl ist: mittelst der gewählten Deputirten die Rechte des Volks geltend zu machen, nicht aber unmittelbar durch die Wahl und Absendung eines Vertreters eine bestimmte Meinung auszusprechen. Namentlich liegt Jenes im Geiste des Repräsentativsystems und der königlich hannöverschen Verfassung, welche keine besondere Vertretung und keine besonderen Instructionen der einzelnen Provinzen und Stände in der allgemeinen Ständeversammlung kennt, sondern nur den Ausspruch der versammelten Abgeordneten des ganzen Königreichs in den beiden Kammern als den der Landesrepräsentation gelten läßt [1]). Die Wahl und Absendung einzelner Deputirten von den Gemeinden und Bezirken ist daher für die Frage, von welcher es sich hier handelt, ein völlig bedeutungsloser Act, denn nicht durch diese oder jene Handlung innerhalb einer einzelnen Commune oder eines bestimmten Districts konnte dem Staate Hannover der Anspruch auf das Staatsgrundgesetz vergeben werden, sondern lediglich durch die Thätigkeit der grundgesetzlich versammelten Stände selbst, und zwar mittelst eines auf zwei nach einander folgenden Diäten gefaßten Beschlusses, wobei in jeder Kammer der Ständeversammlung wenigstens drei Viertel der zum regelmäßigen Erscheinen verpflichteten Mitglieder anwesend gewesen und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden für die Veränderung gestimmt haben müssen [2]).

2) Die Formen der Versammlung nach dem Staatsgrundgesetze

---

1) Staatsgrundgesetz, §. 107. — Vrgl. Patent v. 7. Dec. 1819, §. 1. 2. 8. — Eröffnungsrede vom 28. Dec. 1819, bei Pölitz a. a. O., S. 265 und 266.

2) S. den Schluß des Staatsgrundgesetzes.

und nach dem Patente von 1819, beziehungsweise den Wahlreglements v. J. 1832 sind zwar vielfach übereinstimmend. Die Wahlen namentlich werden auf dieselbe Weise eingeleitet. Dessenungeachtet war die Ständeversammlung v. J. 1838 nicht competent, über die Aufhebung oder Abänderung des Staatsgrundgesetzes zu entscheiden; denn abgesehen davon, daß in der Zusammensetzung der beiden Kammern das Staatsgrundgesetz doch einige bedeutende Veränderungen getroffen hat (wie sie denn z. B. die Mitglieder des Schatzcollegiums nicht zuließ), ward jene Versammlung schon darum eine gesetzwidrige, weil sie nicht in Gemäßheit des Grundgesetzes, vielmehr ausdrücklich unter der Voraussetzung berufen wurde, daß dieses Grundgesetz nicht mehr bestehe; weil ferner die Beamten der beiden Kammern nicht wie das gesetzlich verabschiedete Reglement [1]) vom 26. Sept. 1833 vorschreibt, auf das Staatsgrundgesetz eidlich verpflichtet wurden, und weil endlich die berufene Versammlung auch nicht nach der Verfassung v. J. 1819 als Repräsentation des Landes angesehen werden konnte, da einseitig vom Könige, wenn schon annähernd den grundgesetzlichen Bestimmungen, in der früheren ständischen Vertretung Abänderungen vorgenommen worden waren. So war zwar die Berufung der Deputirten vom Bauerstande allerdings der Verordnung vom 22. Febr. 1832 gemäß, allein da die ständische Zustimmung hierzu nur für den im Jahr 1832 berufenen und 1833 aufgelösten Landtag im Voraus ertheilt worden war, so scheint jene Erweiterung der Repräsentation auch im Verhältnisse zu dem Patent v. J. 1819 formell nicht gerechtfertigt zu sein. Auf der andern Seite wurde das Schatzcollegium, dessen Repräsentationsrecht noch im Patente von 1819 anerkannt war, nicht eingerufen, ungeachtet eine Berufung in der That sehr leicht gewesen wäre, da von den früheren 9 landständischen Mitgliedern nur eines seither mit Tod abgegangen ist, und auch dieses abgegangene Mitglied durch Wahl sogleich wieder hätte ersetzt werden können [2]).

---

1) Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben für das Königreich Hannover v. J. 1833, 1. Abth. S. 347. 349.

2) In der von dem Cabinet der hohen Bundesversammlung übergebenen „Auseinandersetzung" wird angeführt, daß das Schatzcollegium darum nicht habe berufen werden können, weil es in der That nicht mehr vorhanden sei; allein wenn das Grundgesetz, wie von dem k. Cabinet behauptet wird, nichtig ist, so ist es auch die Verordnung v. 30. Juli

3) Auch die also ganz nach den Wünschen des Cabinets eingerichtete Versammlung konnte nicht umhin, ihre Competenz in Zweifel zu ziehen. Zwar macht es die Heimlichkeit, worin die Verhandlungen derselben gehalten wurden, unmöglich, Genaueres hierüber zu erheben; auch scheint es, daß die zweite Kammer anfangs, als sie noch in schwacher Anzahl versammelt war, weil ein großer Theil der Wahlcorporationen gar nicht wählte, oder weil ihre Deputirten wegen des ihrer Wahl angehängten Vorbehalts des Staatsgrundgesetzes zurückgeschickt worden waren, eine sehr unsichere Stellung dadurch einnahm, daß sie sich gleichwohl auf Berathung des vorgelegten Verfassungsentwurfs einließ. Indessen haben dem Vernehmen nach die bescheidenen Zweifel, welche die Kammer schon Anfangs in einem an Seine Majestät gerichteten Schreiben hinsichtlich ihrer rechtlichen Existenz geäußert, allmälig, je weiter das Berathungswerk vorrückte, mehr an Festigkeit gewonnen, und, nachdem es niemalen gelungen war, eine reine Mehrheit zu Gunsten der Aufhebung des Staatsgrundgesetzes zu erlangen, ward endlich von der zweiten Kammer am 25. Juni 1838 ausdrücklich erklärt:

> „Stände wollen die Verfassung, welche ihnen von Sr. Majestät vorgelegt ist, berathen, sie müssen indeß der Ansicht sein, daß dadurch diejenige Verfassung, welche vor dem Antritte der Regierung Sr. Majestät rechtmäßig bestanden, nicht anders befriedigend aufgehoben oder abgeändert werden könne, als wenn die nach dem Staatsgrundgesetze begründete Repräsentation, sowie die Provinzialstände dazu ihre Zustimmung ertheilen *);

1834, wodurch das Schatzcollegium zu Folge desselben aufgehoben worden. Ebensowenig stichhaltig ist die Behauptung, daß die dermalige Ständeversammlung selbst den Mangel der Schatzräthe in ihrer Mitte ihrem Repräsentativ-Charakter nicht für nachtheilig erachtet habe; denn angenommen auch, die Versammlung hätte dies wirklich erklärt (die Erklärung der zweiten Kammer, daß sie überhaupt incompetent sei, scheint ihr zu widersprechen): so würde daraus nichts folgen, da eine Abänderung der Verfassung, wie das Cabinet selbst zugibt, nur durch förmliche Vereinbarung und zwar mit der verfassungsmäßig componirten Ständeversammlung möglich ist.

*) S. Nachträgliche Ueberreichung des Magistrats und der Alterleute der Stadt Osnabrück an die hohe deutsche Bundesversammlung, S. 4.

worauf eine plötzliche Vertagung eintrat. Seither sind zwar die neuen Stände auf den 15. Febr. 1839 wieder einberufen [1]), allein da die zweite Kammer nicht in beschlußfähiger Anzahl zu Stande kam, abermals auf unbestimmte Zeit vertagt worden [2]).

---

1) Das an die wieder versammelten Stände gerichtete königl. Schreiben vom 15. Febr. 1839 enthält zwar nochmals die Behauptung, daß das Patent vom 7. Dec. 1819 wieder in anerkannte Wirksamkeit getreten sei, allein ohne neue Gründe dafür anzuführen. Wichtig ist indessen für die Würdigung dieser Behauptung das Eingeständniß jenes Schreibens, daß Seiner Majestät es nicht habe unbekannt bleiben können, wie die Aufhebung des Staatsgrundgesetzes bei manchem Ihrer getreuen Unterthanen Bedenken erregt, daß die Nothwendigkeit dieses Schritts nicht allgemein anerkannt und die Wiedereinführung des Grundgesetzes für möglich, ja für wünschenswerth gehalten worden, daß diese Betrachtung die Vorlegung eines Verfassungsentwurfs an die neue Ständeversammlung zur Folge gehabt habe, dessen fernere Berathung aber nach dem, was vorgekommen, nicht mehr gestattet werden könne, indem Se. Majestät auf dem kürzesten Wege den Erwartungen entsprechen wollen, welche man nach den von Ihnen offen dargelegten Ansichten zu hegen berechtigt sei, und „ausdrücklich wiederholen“, daß Sie durchaus keinen Zweifel darüber zulassen können, daß eine andere Verfassung in dem Königreiche rechtlich bestehe, als diejenige, welche in dem k. Patente v. 7. Dec. 1819 ihren wesentlichen Grund habe. Wie mag man in demselben Augenblicke, da auf solche Weise Stillschweigen auferlegt wird, aus diesem Stillschweigen auf Einwilligung schließen?

2) Gewiß ist es Pflicht eines Deputirten, entweder an den ständischen Geschäften Theil zu nehmen, oder seine Entlassung einzugeben; denn es ist nicht sein Recht, das er ausübt, sondern ein fremdes (ein Volksrecht); allein ein positives Zwangsmittel geben unsere deutschen Verfassungen nicht (Mohl, Würtemb. Staatsrecht, I. S. 510); aus den allgemeinen Grundsätzen des Mandats folgt aber nun, daß der Auftraggeber, d. h. das Volk im Ganzen (von welchem der Deputirte nach dem System der Volksvertretung das Mandat abzuleiten hat) — nicht der besondere Wahlbezirk das Mandat widerrufen kann. Daß Namens des Volks die allgemeine Ständeversammlung in Gemeinschaft mit der Regierung dieses, wie andere Volksrechte ausüben kann, dabei habe ich keinen Anstand, aber es versteht sich, nur die competente Ständeversammlung. Ebenso kann auf demselben Wege, auf welchem die Verfassung überhaupt abzuändern ist, auch einer Körperschaft ihr Wahlrecht entzogen werden, nicht aber einseitig von der Regierung. Wenn nun freilich eine Ständeversammlung nicht zu Stande kommt, so kann auch

4) Man könnte nun zwar versucht sein, aus der im Lande allwärts vorgenommenen Huldigung und aus der von eben erwähnter Ständeversammlung ausgegangenen Steuerverwilligung, wie überhaupt aus der fortgesetzten getreuen Erfüllung der Unterthanenpflichten im Lande Hannover auf eine stillschweigende Genehmhaltung der von der dortigen Regierung vorgekehrten Schritte wider das Staatsgrundgesetz zu schließen. Allein was die Huldigung betrifft, so kann hierin auf einen zu Recht bestehenden Verzicht auf das Grundgesetz wieder darum nicht geschlossen werden, weil so wenig durch Reverse Einzelner, als in Form von Urversammlungen eine Abänderung der Staatsverfassung rechtlich möglich ist, sondern einzig und allein auf dem oben bemerkten Wege einer wiederholten ständischen Beschlußfassung. Uebrigens steht die dem Könige eidlich zugesagte Dienstpflicht, wenn auch dabei des Staatsgrundgesetzes nicht erwähnt worden, mit der Verbindlichkeit zur Aufrechthaltung dieses Gesetzes keineswegs im Widerspruch. Vielmehr können beiderlei Pflichten neben einander bestehen, und aus der Ignorirung der einen oder der andern folgt daher so wenig eine Entbindung von derselben, als aus der einmaligen Nichtausübung eines Rechts nothwendig ein Verzicht auf dieses Recht selbst.

5) So wenig von der Huldigung der Magistrate und königlichen Diener oder auch von einer allgemeinen Landeshuldigung die Verbindlichkeit der Unterthanen zu staatsbürgerlichem Gehorsam gegen den neuen rechtmäßigen Landesherrn abhängt, so wenig hindert auf der andern Seite die Verweigerung des Regierungseides von Seite eines Nachfolgers die Fortdauer einer zuvor bestandenen Verfassung. Obgleich nun der gegenwärtige Monarch in Hannover unterlassen hat, seinem Antrittspatente

---

ein Beschluß der eben angeführten Art nicht zu Stande kommen; indessen wird in einem Staate, wo die Volksrechte geachtet werden, dieser Fall nicht leicht eintreten. Was übrigens den vorliegenden Fall betrifft, so sind die Wahlberechtigten in eine traurige Alternative gesetzt; denn wenn sie wählen, so nimmt das Cabinet an, daß sie auf das Grundgesetz verzichten wollen, wählen sie nicht, so werden sie des Widerstandes beschuldigt und mit dem Verluste des Wahlrechts bedroht. Und doch bleibt den Corporationen kaum etwas Anderes übrig, als von ihrem Wahlrechte keinen Gebrauch zu machen, da sie dasselbe nur haben für eine nach dem Grundgesetze eingerufene Versammlung.

die in dem §. 13 des Staatsgrundgesetzes vorgeschriebene Versicherung der unverbrüchlichen Festhaltung der Landesverfassung beizufügen, nach welcher erst verfassungsmäßig die Huldigung erfolgen soll, so werden doch Seine Majestät so wenig auf die eine Handlung als auf die Unterlassung der andern ein rechtliches Gewicht zu legen gemeint sein.

6) Was dagegen die Steuerverwilligung betrifft, so ist es allerdings wahr, daß die von Sr. Königlichen Majestät nach dem Patente von 1819 berufene Ständeversammlung das Budget von $18^{37}/_{38}$ auf Ein Jahr in folle prorogirt*), mithin eine Handlung vorgenommen hat, welche nur den grundgesetzlich constituirten Kammern zugekommen wäre; doch spricht auch diese Handlung, wenn sie je bei dem mangelhaften Repräsentativ-Charakter der damaligen Stände gesetzliche Wirkungen äußern könnte, nicht sowohl gegen als für die Fortdauer des Grundgesetzes, da die grundgesetzlich geprüften und verwilligten Steuern es sind, welche nach jenem Beschlusse noch 1 Jahr fort erhoben werden sollten. Ebenso ist endlich

7) das ruhige Verhalten der hannöverschen Unterthanen bei den Angriffen auf das Theuerste, was einem Volke zukommt, seine Verfassung, nur ein Beweis mehr für die treue Anhänglichkeit derselben an ihr rechtmäßiges Fürstenhaus und für ihre Bereitwilligkeit, auf friedlichem Wege einen betrübenden Streit zu endigen, der für die öffentliche Ruhe allerdings gefährlich werden könnte, und schon jetzt die Vernichtung der äußern Existenz mehrerer öffentlichen Diener zur Folge gehabt hat, welche es gewagt haben, Widerspruch gegen die einseitige Aufhebung des Grundgesetzes einzulegen.

§. 4. Einwendungen wider die materielle Verbindlichkeit des Staatsgrundgesetzes.

Sind nach dem Bisherigen die Einwendungen wider die formelle Gültigkeit des Staatsgrundgesetzes nicht für begründet zu halten, so fragt es sich weiter:

inwiefern etwa in materieller Hinsicht dasselbe einer Anfechtung unterliege?

*) Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 246.

Hieher gehören folgende Gründe, wovon der eine in dem Patente vom 5. Juli, der andere in dem Patente vom 1. Novbr. 1837 geltend gemacht worden:

a) das Staatsgrundgesetz gebe keine hinreichende Gewähr für das dauernde Glück von Sr. Majestät Unterthanen, deren Wohl Ihr unablässiges Bestreben sei;

b) dasselbe enthalte mehrere Bestimmungen, welche die agnatischen Rechte tief kränken, und sogar die Regierungsrechte verletzen.

Man sieht wohl, diese Gründe sind von ganz verschiedener Art. Der erste findet in dem Grundgesetze das Glück des Volks, der zweite die Rechte des Königs gefährdet; beiden zu lieb sollte die Verfassung aufgehoben werden. Es könnte sogar scheinen, daß in dieser Verbindung zweier verschiedener Fundamente ein Widerspruch liege, sofern damit gesagt sein sollte, daß einerseits die Rechte des Regenten durch das Grundgesetz zu Gunsten des Volks allzusehr geschmälert worden, während doch gleichzeitig behauptet wird, daß dasselbe nicht zu seiner Wohlfahrt gereiche. Allein dieser Widerspruch ist doch wohl nur ein scheinbarer. Es läßt sich nämlich allerdings denken, daß die Rechte eines Staatsoberhauptes und damit zugleich die eventuellen Rechte des Thronfolgers auch zum Nachtheile des Volks geschmälert werden, welchem eine zu weit gehende oder zu unpassend vertheilte Freiheit nicht zusagen möchte. Die Aufgabe der verfassungsmäßigen Einherrschaft besteht ja eben darin, die Rechte der Regierung und der Unterthanen in ihrem Einklange zu zeigen, das Wohl des Volks und das der regierenden Familie mit und durcheinander zu erstreben. Warum sollte also nicht eine Benachtheiligung des einen Theils den andern mittreffen können? Doch müssen wir bezweifeln, daß eine solche wechselseitige Benachtheiligung in dem Grundgesetze des Königreichs Hannover stattgefunden habe, welches die verschiedenartigsten Ansprüche der jetzt zum ersten Male fester vereinigten Provinzen und Stände zu befriedigen schien. War ja dasselbe von keiner Seite der andern aufgedrungen, noch übereilt, sondern das Ergebniß einer langen, ruhigen, von beiden Seiten völlig freien Berathung, nicht ein vereinzelt stehendes Machwerk zu Befriedigung theoretischen Sinns oder des Reizes der Neuheit, sondern ein Glied weiter in der Entwickelung

gegebener Zustände, und wenn gleich berücksichtigend die dringenden Anforderungen der Gegenwart, so doch nicht minder zusammenhängend mit der Vergangenheit und dadurch Bürge einer guten Zukunft.

Auch von den durchlauchtigsten Agnaten des königlichen Hauses schien ein Widerspruch nicht gefürchtet werden zu müssen; war ja in dem Cap. II des neuen Gesetzes ihren bisherigen Rechten eine neue Gewähr und in dem 2. Abschnitte des VI. Capitels eine neue wichtige Befugniß, die des Sitzes und der Stimme in der ersten Kammer, hinzugefügt worden, und war das Grundgesetz selbst unter den Auspicien und unter Mitwirkung eines dem Throne sehr nahe stehenden königlichen Prinzen entstanden, und gehörten endlich Seine jetzt regierende Majestät selbst einer hohen Familie an, welche niemals öffentlichen Institutionen abgeneigt, sondern an weit ausgedehntere Volksrechte in einem andern großen Königreiche gewöhnt worden war.

Zwar wird in dem Patente vom 1. Nov. versichert, Seine Majestät haben das Grundgesetz niemals anerkannt, sondern offen Ihren Widerspruch zu erkennen gegeben; allein wenn einerseits hiervon öffentlich nichts verlautete, so mochten andererseits die Einwohner des Staats Hannover sich um so ruhiger dem Vertrauen auf den gewonnenen Rechtszustand hingeben, als bereits in vielen andern Staaten die öffentliche Verfassung auf ähnliche Weise geordnet worden war, und als die einzelnen Provinziallandschaften in Hannover, so wie in den neu erworbenen Landestheilen früher zum Theil gleiche, wo nicht weitergehende, Rechte hergebracht hatten. Auch was nach Erscheinung des Grundgesetzes im Lande Hannover geschah, giebt nur Zeugniß für die durch dasselbe beförderte Ruhe, Einigkeit und Staatswohlfahrt, während Zerwürfnisse, wie sie jetzt eben dort stattfinden und zu Beschwerden bei dem Bunde führten, unter dem Staatsgrundgesetze nicht erhört worden.

Indessen hätte alles dieses für Se. Majestät kein juristischer Abhaltungsgrund sein können, um rechtlich begründete Ausstellungen wider das Staatsgrundgesetz am gehörigen Orte vorzubringen, und von selbst versteht sich, daß, wenn wohlerworbene agnatische Rechte Sr. Majestät durch dieses Gesetz genommen werden sollten, hiezu Ihre Einwilligung vor Allem hätte gesucht werden sollen; wo-

gegen andererseits ein wesentlicher Fehler des Grundgesetzes, insbesondere eine Deteriorirung der Staatsgewalt wider ihren Begriff und Zweck nicht gehoben worden wäre durch jene Einwilligung.

A. Verletzung, insbesondere des Gemeinwohls.

Daß eine Handlung zum Besten des regierten Landes von dem Nachfolger in der Regierung nicht dürfe angetastet werden, darin waren alle älteren und neueren Schriftsteller einverstanden. Da aber der Begriff des Gemeinwohls sehr unbestimmt ist, so hat man sich zugleich nach einem andern Entscheidungsgrunde umgesehen, und diesen zuletzt darin gefunden, daß die Handlung des Vorfahren, wenn dadurch unwiderrufliche Rechte Dritter auch gegenüber von dem Nachfolger sollen begründet werden, der Verfassung und überhaupt denjenigen Einschränkungen gemäß sein müsse, welchen der betreffende Regent unterworfen sei. Unter diesen Einschränkungen hat sich nun allerdings bei den Rechtslehrern tanquam unum ex pluribus auch wieder das Gemeinwohl geltend gemacht? Allein da in dieser Hinsicht nicht darauf gesehen werden solle, ob der Endzweck der Handlung erreicht worden oder nicht, sofern nur derselbe für sich zur Zeit des Beginns kein nachtheiliger gewesen [1]), und da zugleich jeder Fürst die Vermuthung für sich hat, daß er seinen Pflichten gemäß zum Wohle seines Landes gehandelt habe: so ergiebt sich von selbst, daß aus dem Grunde der Gemeinschädlichkeit allein eine Regentenhandlung nicht leicht anzutasten sein dürfte, zumal in eingeschränkten Monarchien, wo bei wichtigen Handlungen gewisse schützende Formen zu beobachten sind. Jedenfalls ist die behauptete Gemeinschädlichkeit, wie jede andere Pflichtwidrigkeit, wegen welcher der Nachfolger eine frühere Regierungshandlung antasten will, erst zu beweisen, bevor wohlerworbene Rechte Dritter darum gebeugt werden sollen [2]). Könnte nämlich der bloße Wunsch, Andere glücklich zu machen, oder die Rücksicht auf das, was ein Einzelner oder was Mehrere für sich erstreben möchten, einen rechtlichen Bestimmungsgrund dafür abgeben, in den Rechtszustand Dritter

---

1) v. Zwierlein, a. a. O., §. 14.

2) v. Kamptz, a. a. O., §. 77.

oder des Ganzen einzugreifen, so würde das Ziel aller Gutgesinnten im Staate, öffentliche Sicherheit, niemals erreicht werden. Ebenso würde, wenn ohne Rücksicht auf die im Staate nöthigen Formen die bestehende Ordnung der Dinge einer subjectiven Ansicht vom Gemeinwohl zu Liebe von einzelnen Unterthanen oder von dem Regenten selbst dürfte umgekehrt werden, jenes Gemeinwohl schlecht berathen sein.

Das Wohl des Staats oder das Gemeinwohl ist überhaupt nicht zu verwechseln mit dem Wohle der einzelnen Unterthanen, oder gewisser Classen derselben. Die Glückseligkeit oder auch nur die Zufriedenheit Aller ist kein Staat und keine Regierung zu bewirken im Stande. Schon der Begriff von Glückseligkeit bringt dieses mit sich; denn wenn hierunter verstanden ist die Befriedigung aller unserer Neigungen und Wünsche, so wird dieses Ziel als ein Ideal von keinem Menschen erreicht werden, am wenigsten aber von einem Gesammtwesen für seine einzelnen Mitglieder. Auch nur ein gewisses Maß jener Befriedigung kann, da hier Alles von subjectiver Empfänglichkeit abhängt, welche sich Niemand für einen Andern geben kann, nicht von der Staatsgewalt unmittelbar Namens der Einzelnen erstrebt oder denselben aufgedrungen werden, es müßte sonst ein für Viele sehr lästiger Beglückungszwang entstehen und in dessen Folge geradezu der Gegensatz von dem, was man Gefühl der Glückseligkeit oder individuelles Wohl nennt. Es wird daher der Staat jedem Einzelnen überlassen müssen, auf seine Weise glücklich zu sein, wofern er nur durch seine Glückseligkeitsplane nicht in die Rechte Anderer eingreift oder gewisse für bindend gehaltene Regeln der Sittlichkeit und des öffentlichen Anstandes verletzt.

Indessen läßt sich dem Grundsatze: „salus publica suprema lex esto", der leicht zur gefährlichsten Waffe des Despotismus werden kann [1]), auch eine richtige Bedeutung abgewinnen, wenn er nämlich bezogen wird auf das Wohl des **Staats** als einer Gesammtheit. Dieses Gesammtwohl aber besteht in der Erreichung des Staatszwecks, welcher wesentlich zu setzen ist in den Schutz der Rechte Aller [2]). So weit mit diesem Ziel auch das

1) Jordan, Versuche über allgemeines Staatsrecht, S. 139 f.
2) v. Gros, Naturrecht, §. 289. — Zachariä, 40 Bücher vom Staat,

Wohl der Einzelnen indirect gefördert wird, oder eine directe Beförderung des Einzelnwohls ohne Verletzung der Rechte der Anderen möglich ist, hat allerdings die Regierung auch das individuelle Wohl der Unterthanen zu besorgen; aber immer muß die Staatsaufgabe zunächst gestellt werden in die Handhabung der Gerechtigkeit und somit der hauptsächliche Beruf einer Staatsregierung in die Anerkennung und Vollziehung der Grund- und aller übrigen Gesetze. Diese Vollziehung kann für Einzelne unter Umständen lästig sein; aber dennoch ist sie nothwendig um der Ruhe und der Rechte aller Uebrigen willen.

Nach diesem wird man wohl nicht annehmen können, daß der bloße Wunsch Sr. Majestät, Ihre Unterthanen glücklich zu wissen, und die subjective Ansicht, daß das Glück der letzteren durch Handlungen Höchstihres Vorgängers nicht gesichert sei, die einseitige Aufhebung des Staatsgrundgesetzes, rechtfertigen; denn hatten Höchstdieselben hierbei einzelne unzufriedene Unterthanen im Auge, welche, wie überall, so auch in Hannover, gefunden werden mögen, so standen deren Berücksichtigung die Rechte aller Uebrigen aus diesem Grundgesetze im Wege. Nahmen aber Se. Majestät das Gesammtwohl zum Ziele, und hielten Sie dieses durch die eingeführte Verfassung gefährdet, so durften Sie doch letztere nicht für Sich ändern, sondern es war dazu die Mitwirkung der Stände nöthig, und zwar gerade in derjenigen Form, welche das Grundgesetz vorschreibt.

B. Verletzung von Regierungsrechten.

Auf die Nachfolge in der monarchischen Regierung und zwar gerade in der durch Hausgesetze und Familienherkommen bestimmten Ordnung hat jeder fähige Agnat ein eigenes, durch die Abstammung vom ersten Erwerber begründetes und nicht erst aus der Person des verstorbenen Vorgängers herzuleitendes Recht. Er kann also auch verlangen, daß ihm dasselbe eintretenden Falls der Substanz nach ungefährdet überliefert werde. So würde ein

---

Bd. I, S. 212—229. — Schmid, Lehrbuch des gem. deutschen Staatsrechts, 1. Abth., §. 6. — Jordan, Lehrbuch des allg. u. deutschen Staatsrechts, 1. Abth., §. 37.

Agnat allerdings sich beschwert halten können, wenn die Regierungsfolge zu seinem Nachtheile geändert, oder wenn ein wesentliches Hoheitsrecht, z. B. die Gesetzgebung, von der Regierung getrennt und dadurch die Monarchie in eine andere Staatsform verwandelt worden wäre. Wenn indessen außerordentliche Umstände, wie die Geschichte lehrt, je zuweilen selbst ein Abgehen von diesem Grundsatze (Princip der Legitimität) haben entschuldigen lassen, so wird man um so gewisser, um dergleichen äußersten Fällen zuvorzukommen und andererseits die Staaten nicht zu einem ewigen Stillstande zu verurtheilen, von dem Nachfolger in der Regierung verlangen können, daß er Beschränkungen in Ausübung derselben, welche auf verfassungsmäßigem Wege getroffen sind und dem Begriffe der Monarchie nicht widersprechen, als gesetzliche Einrichtungen anerkenne und ihnen gleichfalls sich füge. Hiermit stimmen auch überein die Art. 55 u. 57 der wiener Schlußacte, wonach den souverainen Fürsten der Bundesstaaten überlassen ist, den Art. 13 der Bundesacte, die Einführung einer landständischen Verfassung betreffend, mit Berücksichtigung sowohl der früherhin gesetzlich bestandenen ständischen Rechte, als der gegenwärtig obwaltenden Verhältnisse, zur Vollziehung zu bringen, wobei jedoch dahin zu sehen ist, daß die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleibe und der Souverain nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werde.

Nun finden sich zwar in dem hannöverschen Grundgesetze einige Bestimmungen über die Thronfolge; allein dieselben stehen durchaus in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Rechte des Guelfischen Hauses und mit dem gemeinen Rechte. Neu erscheinen nur die ausführlichen Bestimmungen über die Regentschaft (§. 14—25). Allein, wenn man bedenkt, zu welchen Verwickelungen die Unentschiedenheit der hier eingreifenden Fragen führen kann und in dem braunschweigischen Hause schon geführt hat, so wird man es dem Höchstseligen Könige nur Dank wissen, daß er als Oberhaupt des königlichen Gesammthauses mögliche künftige Fälle in Uebereinstimmung mit den getreuen Ständen auf die geschehene Weise vorgesehen hat. Rechte der Agnaten sind dadurch nicht verletzt worden; denn das vorzugsweise Recht derselben zur Führung und subsidiär zur Einsetzung der Regierungs-

Vormundschaft ist anerkannt, eine gewisse Mitwirkung der Stände findet aber auch nach anderen Verfassungen und fand namentlich nach dem alten braunschweigischen Fürstenrechte statt. Ueberdieß sind die grundgesetzlichen Bestimmungen über die Regentschaft mit unbedeutenden Abweichungen, zum Theil wörtlich in den neuen, von Sr. Majestät proponirten Verfassungsentwurf (§. 12—19) übergegangen.

Die **Regierungsform**, wie sie in dem Grundgesetze festgestellt worden, ist die monarchische, mit Beschränkungen im Sinne des sog. Repräsentativsystems, wie solches in den meisten deutschen Staaten besteht und durch den Art. 13 der Bundesacte gewissermaßen als gemeine Regel vorausgesetzt ist. Der König vereinigt in sich die gesammte Staatsgewalt (§. 6). Er vertritt das Königreich in allen Beziehungen zum deutschen Bunde und zu einzelnen auswärtigen Staaten (§. 7). Ebenso geht im Innern alle Regierungsgewalt von ihm aus. Kein Landesgesetz tritt in Gültigkeit, bevor es vom Könige verkündigt ist. Ihm steht die Kirchenhoheit zu, und die bewaffnete Macht ist allein von ihm und seinen Befehlen abhängig (§. 8). Er ist ferner die Quelle aller Gerichtsbarkeit im Lande und übt das Abolitions- und Begnadigungsrecht aus (§. 9). Auch können nur von ihm Rang, Titel und Würden verliehen und Standeserhöhungen vorgenommen werden (§. 10).

Was die Beschränkungen des Monarchen betrifft, so darf dieser den Lauf der Rechtspflege nicht hemmen (§. 9); er ist in Aufhebung, Abänderung und authentischer Erklärung von Gesetzen an die ständische Zustimmung gebunden (§. 79, 85); er darf namentlich keine Steuern ohne ständische Verwilligung auflegen, und keine Truppenaushebung ohne vorgängige Verabschiedung befehlen (§. 86). Doch ist auch in diesen Beziehungen die königliche Prärogative, zum Theil mehr noch als anderwärts, gewahrt. Die ständische Zustimmung erstreckt sich nur auf den **wesentlichen** Inhalt der Gesetze. Der König hat ein absolutes Veto in Gesetzessachen; er kann die Gesetze in Uebereinstimmung mit den verabschiedeten Grundsätzen auf dem Wege der Verordnung näher bearbeiten und ausführen lassen. Verfügungen über das Heer, dessen Formation, Disciplin und Dienst, mit Ausnahme der Aushebungs- und der militärischen Strafgesetze, können von

dem Könige allein erlassen werden (§. 85 — 87). Auch Verträge mit Auswärtigen kann der König für sich abschließen, und nur, wenn deren Ausführung die Bewilligung von Geldmitteln voraussetzt oder eine Einwirkung auf die innere Gesetzgebung dadurch hervorgebracht wird, bedarf es der ständischen Mitwirkung zu ihrer Ausführung (§. 92). Beschlüsse der Bundesversammlung werden für das Königreich verbindlich, sobald sie vom Könige verkündigt sind, unter derselben Modification (§. 2). Eigenthümlich ist der §. 88 des Grundgesetzes, wonach auch die Stände nicht bloß auf Erlassung neuer oder abändernder Gesetze überhaupt antragen, sondern auch sogleich zu diesem Ende Gesetzesentwürfe der Regierung vorlegen können. Allein da gleichzeitig auch der letztern das Recht der Initiative eingeräumt ist und ohne Zustimmung des Königs kein Gesetz promulgirt oder publicirt werden kann, so dürfte hierin ein Grund zur Beschwerde um so weniger zu finden sein, als auch in der alten Ständeverfassung ein bloß der Regierung zukommendes Recht der Gesetzesvorschläge nicht ausgeschieden war. Außer der Theilnahme an der Gesetzgebung hat die Ständeversammlung das Recht der Bitte und Beschwerde und das Recht zur Controlirung des Staatshaushalts (§. 90, 139). Ein weiteres Eingreifen in die Verwaltung steht ihr aber nicht zu (§. 90 a. E.). Auch ist sie verpflichtet, für Deckung der zum öffentlichen Dienst nothwendigen Ausgaben in so weit zu sorgen, als solche aus den Einkünften des Kronguts und der Regalien nicht können bestritten werden (§. 140). Endlich kommt der Ständeversammlung, wie anderwärts zu das Recht und die Pflicht, wegen absichtlicher Verletzung des Staatsgrundgesetzes den verantwortlichen Minister bei dem Oberappellationsgerichte anzuklagen (§. 151, 152).

Man sieht, die königliche Regierung Hannovers ist auch nach dem Grundgesetze noch im Besitze aller wesentlichen, sowohl allgemeinen als besonderen Regierungsrechte; und wenn sie in deren Ausübung sich mehrfach beschränkt hat, so ist dieß nicht in der Absicht geschehen, sich oder dem Lande dadurch einen Nachtheil zuzufügen, sondern zum Wohle des Ganzen, und in Anerkennung der bereits früher den Provinziallandschaften zugekommenen, theilweise noch bedeutenderen, Rechte, deren Erhaltung den-

selben verschiedentlich, zuletzt noch in dem Patente v. 7. Dec. 1819 (§. 6), zugesagt worden war.

Was namentlich diejenigen ständischen Befugnisse betrifft, welche bei Seiner Majestät, dem gegenwärtigen Könige, besonderen Anstoß gefunden haben, so wird sich leicht beweisen lassen, daß eine Kränkung agnatischer Rechte oder eine Verletzung des monarchischen Princips darin nicht enthalten ist.

Das Patent vom 1. Nov. 1837 bezeichnet nämlich folgende Grundsätze der neu zu berathenden Verfassung, welche auch in dem den Ständen v. J. 1838 mitgetheilten Entwurfe sich wiederfinden und allerdings das grundgesetzliche System merklich verändern würden:

1) Die allgemeinen Stände sollen nur alle 3 Jahre berufen werden und deren Sitzungen der Regel nach nicht über 3 Monate dauern.

2) Der Wirkungskreis der Provinzialstände solle erweitert werden, indem zwar solche Gesetze, welche Steuern und Abgaben des Königreichs betreffen, von der allgemeinen Ständeversammlung zu bewilligen, rücksichtlich anderer Gesetze es aber von der königlichen Entscheidung abhängen soll, ob solche an die Provinzial- oder die allgemeinen Stände zu bringen.

3) Aus den Einkünften der Domänen sollen nur Zuschüsse zu den Staatsbedürfnissen erfolgen, welche jedoch dem Volke die Ueberzeugung gewähren werden, daß Seine Majestät nicht gemeint seien, die Lasten der Unterthanen zu vermehren.

Dieses dritte Desiderium wird nachher besonders geprüft werden. Was dagegen den ersten Punkt betrifft, so sehen wir nicht ein, inwiefern durch die abweichende Bestimmung des Grundgesetzes eines der hohen Regierungsrechte sollte verkümmert sein. Das Patent v. J. 1819 hatte allerdings keine festen Landtagsperioden angeordnet, und insofern war die Festsetzung jährlicher Landtage in dem Grundgesetze neu. Allein wenn man zurückgeht auf die Rechte der alten Provinzialstände, welche ja nach jenem Patente im Wesentlichen übergehen sollten auf die allgemeinen Stände, so scheint in dieser Hinsicht eine wahre Neuerung in dem Grundgesetze nicht enthalten zu sein. Abgesehen davon, daß die alten Landstände in Deutschland ohne landesherrliche Convocation jederzeit zusammentreten konnten, war es her-

kömmlich, daß die lüneburgische Landschaft jährlich zweimal regelmäßig sich versammelte, weil die Contribution nur von 6 zu 6 Monaten verwilligt wurde. Das Ansinnen der Herrschaft, daß die Landschaft nur einmal im Jahre sich versammeln und die Steuern auf das ganze Jahr verwilligen solle, war von dieser mehrmals abgelehnt worden. Auch der größere Ausschuß der kalenbergischen Stände pflegte jährlich einmal zusammenzukommen. Es ist möglich, daß dreijährige Landtagsperioden jetzt in Hannover ebenso genügen würden, wie dieß in anderen Staaten der Fall ist; allein daß eine rechtliche Beschwerde für Seine Majestät den König in der Anordnung jährlicher Landtage liege, wird man durchaus in Abrede ziehen müssen.

Was sodann zu 2. den Streit um Provinzial- oder allgemeine Stände betrifft, so läßt sich Manches für die einen wie für die anderen anführen. Der preußische Staat kennt auch jetzt nur Provinzialstände, wie dieß früher im Kurstaate Hannover der Fall war. Allein man darf nicht mißkennen, daß die provinziellen Verschiedenheiten in der preußischen Monarchie bedeutender sind, als die im Königreiche Hannover; und wenn die königlich preußische Regierung bis jetzt nicht für gerathen gefunden hat, ihren Unterthanen eine gemeinsame ständische Vertretung einzuräumen, so kann dieß nicht für Hannover entscheiden, wo von der königlichen Regierung ganz specielle Verpflichtungen dießfalls eingegangen sind.

Wie sich nun aber die von der neuen Regierung beabsichtigte Einrichtung hinsichtlich der Provinzalstände von der grundgesetzlichen unterscheide und inwiefern die Regierung namentlich den Wirkungskreis der allgemeinen Stände beschränken wolle, darüber ist bereits oben Seite 20 und 21 das Nöthige gesagt worden. Dergleichen Aenderungen können, wie sich von selbst versteht, den grundgesetzlichen Ständen von der königlichen Regierung jederzeit vorgeschlagen werden. Allein so lange dieselben nicht in gehöriger Form auf zwei nach einander folgenden Landtagen verabschiedet sind, haben sie nach dem Grundgesetze (s. Schluß) keine Gesetzeskraft. Auf der andern Seite können die angefochtenen Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes bis dahin, daß etwas Anderes an ihre Stelle getreten, nicht wohl entbehrt werden, denn ein Grund, in dieser Beziehung die Verfassung v. J. 1819

wiederherzustellen, ist nicht gegeben. Allerdings räumt diese den allgemeinen Ständen nur ein Recht auf „Zurathziehung" bei neu zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen ein, und es scheint somit die königliche Gewalt sich durch das Grundgesetz weiter beschränkt zu haben, als dieß früher der Fall war, indem dasselbe den ganzen wesentlichen Inhalt des neuen Gesetzes von der ständischen Zustimmung abhängig macht. Allein, abgesehen davon, daß das Patent v. J. 1819 auch eine andere, den Ständen günstigere, Auslegung zuläßt (s. den Aufsatz Nr. I, §. 6), so würde in dem Grundgesetze auch in jener Hinsicht noch keine Läsion, und daher auch kein Restitutionsgrund für den Nachfolger liegen, welcher vermöge des Princips der Legitimität nur ein Recht auf die gesetzmäßige Succession in der Regierung nicht aber auch auf eine bestimmte Form in Ausübung der letztern hat, die vielmehr von der jeweiligen Verfassung und Gesetzgebung abhängt, wobei die Agnaten nur in so weit zu concurriren haben, als ihnen verfassungsmäßig in einer der ständischen Kammern ein Mitwirkungsrecht eingeräumt, oder als einer derselben von dem Inhaber der Regierung zur verfassungsmäßigen Mitregierung berufen ist.

Was sodann diejenige Entwurfsbestimmung betrifft, wonach die Competenz der allgemeinen Stände gegenüber von den Provinzialständen in Gesetzgebungssachen in der Regel von der königlichen Entscheidung abhängen soll, so würde dieß zwar materiell dem Grundgesetze keinen Eintrag thun, da auch nach diesem die Entscheidung, welche Gesetze den allgemeinen oder besonderen Ständen vorgelegt werden sollen, zuletzt dem Könige vorbehalten bleibt. Dennoch dürfte der bestimmte Ausspruch des Grundgesetzes (§. 84):

> „Ueber alle das ganze Königreich oder den Bezirk mehrerer Provinziallandschaften gemeinschaftlich und nicht lediglich specielle Verhältnisse der Provinzen betreffenden, zur ständischen Berathung gehörenden Gegenstände wird nur mit der allgemeinen Ständeversammlung des Königreichs verhandelt"

in formeller Hinsicht den Vorzug vor dem Entwurfe verdienen, und es war um so weniger Ursache vorhanden, das Grundgesetz in dieser Beziehung anzufechten, als aus der erweiterten Wirksamkeit der Provinzialstände auf Kosten der allgemeinen die gehoffte Zeitersparniß in der That nicht hervorgehen dürfte,

da natürlich, je kürzer die Sitzungen der allgemeinen Stände dadurch würden, um so länger die verschiedenen Provinzialversammlungen dauern müßten.

Eine Beschwerde für Seine Majestät liegt ferner auch nicht, wie neuerdings behauptet wird*), in der Bestimmung des §. 13 des Grundgesetzes, wonach die Erbhuldigung bei dem Regierungsantritte eines neuen Königs von der Erlassung eines Patents abhängig gemacht ist, in welchem die unverbrüchliche Festhaltung der Landes-Verfassung versichert wird. Diese Versicherung kann nämlich keineswegs als eine dem Regierungsrechte fremde Bedingung betrachtet werden; denn zur Aufrechthaltung der Verfassung ist jeder Regierungsinhaber von selbst verpflichtet; die ausdrückliche Uebernahme dieser Verpflichtung von Seite des Nachfolgers aber ist nur eine Form, von deren Erfüllung nicht das Recht zur Nachfolge, sondern nur die Beobachtung einer entsprechenden Formalität von Seite der Unterthanen abhängig gemacht wird. Schon in dem alten Rechte, das in dem Landesverbande, wie in dem Lehensnexus nicht blos ein Verhältniß einseitiger, sondern gegenseitiger Treue erkannte, war die Versicherung der Landesfreiheiten bei dem Regierungsantritte des Landesherrn etwas ganz Gewöhnliches; und insbesondere wird in mehreren lüneburgischen Landesverträgen und Landesabschieden dieselbe als Bedingung der Huldigung gefordert.

Eine andere Ausstellung ist endlich neuerdings wider den Grundsatz der ministeriellen Verantwortlichkeit und die damit zusammenhängende Contrasignatur der königlichen Erlasse gemacht worden. Herausgehoben ist auch dieser Punkt nicht unter den Einwendungen und Anträgen Sr. Majestät in dem Patente vom 1. No. 1837. Dagegen ist den grundgesetzlichen Be-

*) „Exposition zur Vertheidigung des Patents vom 1. Nov. der deutschen Bundesversammlung in der letzten Sitzung des Jahres 1838 überreicht, als „eine Arbeit einiger Staatsdiener Sr. Majestät." Nicht zu verwechseln mit einer gleichzeitig als „Erklärung des Königs" übergebenen „Auseinandersetzung, daß die Verfassung v. J. 1819 in anerkannter Wirksamkeit stehe." Beide Actenstücke, welche dem Verfasser dieses aus dem Hannöverschen mitgetheilt worden, dürften wohl nicht unberücksichtigt gelassen werden.

stimmungen in jener Hinsicht der §. 128 des neuen Verfassungs-Entwurfs substituirt, worin es heißt:

„Die Minister sind, jeder in Hinsicht des ihm angewiesenen Wirkungskreises, allein dem Könige für die Vollziehung der Gesetze und Verordnungen und der königlichen Befehle verantwortlich."

Sollte hiermit ausgedrückt sein, daß die königlichen Minister wegen Verfassungs- und Gesetzes-Verletzungen nicht, wie andere Beamte und Unterthanen, den Gerichten zu Rede zu stehen haben, sondern blinde Werkzeuge des Regenten seien: so würde dieß dem gemeinen Rechte widersprechen, wonach kein Unterthan, auch der höchste nicht, von dem Gesetze ausgenommen, und jeder öffentliche Diener wegen Dienstvergehen in Untersuchung zu ziehen und strafbar ist. Dagegen ist allerdings das künstliche Schutzmittel der neueren Verfassungen, wonach jede Regentenhandlung nur gültig, wofern der betreffende Departementsvorstand durch Beifügung seiner Unterschrift die bürgerliche Verantwortung derselben übernommen, in dem Grundgesetze erst für Hannover geschaffen worden.

Eine Verletzung der Rechte Sr. Majestät liegt aber auch in dieser Beschränkung*) nicht, welche in der That nur ein kleiner

---

*) „Die Bestimmung führt (wird behauptet) auf die Theilung der höchsten Staatsgewalt zwischen dem Könige und seinen Ministern." In der That eine neue Behauptung! Nachdem die Theorie von der getheilten Staatsgewalt selbst für England, wo man sie sonst verwirklicht glaubte, verworfen worden, soll dieselbe in dem hannöverschen Grundgesetze durchgeführt sein, und zwar im Verhältniß zu den Ministern, welche im Namen und im Auftrage des Königs handeln und von ihm jederzeit entlassen werden können!? „Sie (die Bestimmung) mag geeignet sein für sog. constitutionelle Staaten, in denen das Staatsoberhaupt dem Namen nach herrscht, aber nicht regiert. In deutschen Monarchien findet sie, nach den Principien Sr. Majestät des Königs, keine Anwendung." Also die Lehre einer französischen Fraction: „le roi régne, mais il ne gouverne pas" wäre wirklich wahr in Anwendung auf sog. constitutionelle Staaten, namentlich auf England? Daß sie nicht Anwendung findet auf Deutschland, ist sicher. Giebt es denn aber nicht auch constitutionelle Monarchien in Deutschland, und regieren dort die Regenten nicht?

Ersatz ist für das vormalige Recht der Unterthanen, gegen die Fürsten selbst bei den Reichsgerichten Klage zu führen.

Ueberhaupt ist die Souverainetät der Fürsten und ihre daraus abgeleitete Heiligkeit und Unverantwortlichkeit ein neues, in den Staatsverfassungen und nicht in dem alten Privatfürstenrechte gegründetes Recht. Selbst der einzige Souverain im Reiche, der Kaiser, stand unter dem Fürstengerichte [1]). Wenn daher der Vorfahr Sr. Majestät ein Gegengewicht wider diese neue Prärogative in der Anerkennung einer ministeriellen Verantwortlichkeit gefunden hat, so kann Se. Majestät hierin um so weniger Grund zur Beschwerde finden, als diese Einrichtung, wie unlängst in dem braunschweigischen Streite anerkannt worden, dem Fürsten wie dem Lande zum Vortheile gereicht.

„Die Contrasignatur" — so heißt es in der Graf Münster'schen Widerlegung der Beschuldigungen Braunschweigs [2]) — „schützt den Fürsten wie den Unterthanen gegen Verfälschungen und ist in allen wohlgeordneten Staaten im Gebrauch; und obwohl sie in England und Frankreich gesetzlich besteht, so halten sich doch die Könige dieser Reiche für nicht weniger unabhängig, als es der Herzog von Braunschweig ist. Daß dadurch den Unterthanen auf keinen Fall zu viel eingeräumt worden, haben Se. Durchlaucht am besten selbst bewiesen, da wir sehen müssen, wie wenig es Sie kostet, Räthe zu finden, die ihren Namen zu solchen Verordnungen und Klagen hergeben, wie die, womit wir uns hier beschäftigen. Männer, deren Leben bis dahin rein und achtungswerth gewesen, haben die harte Wahl gehabt, entweder ihr Brod zu verlieren, oder ihren Namen unter Verordnungen zu setzen, die sie nicht anders als mißbilligen konnten."

C. Verletzung agnatischer Rechte an den Domänen.

Der wichtigste Einwand wider das Staatsgrundgesetz betrifft ohne Zweifel das Rechtsverhältniß der Domänen. In dieser Beziehung will das Patent vom 1. Nov. 1837, daß aus den Einkünften der Domänen nur Zuschüsse zu den Staatsbedürfnissen

1) Schwäb. Landrecht, §. 124 (Straßb. Ausg.).

2) Hannover 1827, S. 77. Londoner Ausgabe, S. 68.

erfolgen sollen, während in dem Grundgesetze (§. 122—124) sämmtliche zu dem königlichen Domanio gehörigen Gegenstände für Krongut erklärt sind, dessen Einkünfte zum Besten des Landes verwendet werden sollen. Hiernach scheint Se. Majestät, der König Ernst August, wie auch aus dem neuen Verfassungsentwurfe (§. 103 f.) hervorgeht, die Domänen des Königreichs als Familiengut in Anspruch nehmen und der Krone wieder entziehen zu wollen.

Sofern vor dem Grundgesetze die Domänen (oder nach ihrer althistorischen Benennung: Kammergüter) Privateigenthum der regierenden Familie gewesen sein sollten, müßte man allerdings annehmen, daß in jener grundgesetzlichen Bestimmung eine wahre (qualificirte) Veräußerung liege, wozu der jeweilige Regent nicht für sich berechtigt, zu deren Anfechtung vielmehr der Nachfolger, falls sie nicht mit seiner Einwilligung noch aus dringender Noth oder zum Besten des Landes geschehen, allerdings befugt ist. So wenig nämlich die deutschen Stammguts-Grundsätze auf die Wirksamkeit wahrer Regentenhandlungen von Einfluß sein können, und so wenig daher die Bestätigung solcher Handlungen an dem Bestande derselben überall etwas ändern kann, da nur die Gesetzlichkeit derselben über ihren Werth oder Unwerth entscheidet, so sehr muß man doch andererseits da, wo der Regent nicht in dieser Eigenschaft, sondern lediglich als Familienhaupt handelt, die eventuellen Rechte der Agnaten gegen nachtheilige Verfügungen desselben in Schutz nehmen.

Die Vorfrage ist nun freilich die:

> welche Rechte überall an den Kammergütern den Nachgebornen zukommen, und wer als Subject des Eigenthums an denselben zu betrachten sei?

denn, je nach dem diese Frage beantwortet wird, muß sich auch das Verfügungsrecht des Landesherrn über die Domänen verschieden gestalten; und wenn schon die meisten Schriftsteller geradezu die Veräußerung von Kammergütern dem Widerrufsrechte der Agnaten unterwerfen, und hierunter selbst solche, welche sonst den Unterschied zwischen öffentlichen und Privathandlungen der Regenten festhalten und die Kammergüter als Staatsvermögen betrachten*):

---

*) J. B. v. Kamptz, a. a. O., S. 235.

so sieht man doch nicht ein, warum jener Unterschied gerade da verlassen werden soll, wo er zunächst praktisch werden könnte, oder warum im Widerspruch mit dem Princip der Gesetzlichkeit der Regent nicht auch bei Ausübung von Vermögensrechten entweder als öffentliche oder als Privatperson betrachtet werden soll, je nachdem er über Staats- oder Privat-Vermögen disponirt.

Nachdem wir gefunden haben, daß die Domänen landesherrliches Eigenthum sind (oben Nr. II), sollte der Natur der Sache nach der Landesherr über dieselben wie ein anderer Eigenthümer disponiren können. Allein sofern die Domänen mit der Landeshoheit eng verbunden sind, und diese der Substanz nach gegenüber von den Agnaten für unveräußerlich zu achten ist, kommen die eventuellen Successionsrechte der letzteren nothwendig insofern in Betracht, als wenigstens eine Total-Veräußerung der Domänen für unzulässig gehalten werden muß. Auch hat die Theorie und Praxis zur Zeit des deutschen Reichs jederzeit der Familienrechte und der gemeiniglich coincidirenden reichslehensherrlichen Rechte sich angenommen[1]; und wenn schon die letztere Rücksicht jetzt weggefallen ist, und manche Schriftsteller, theils mit Rücksicht auf das von ihnen als Regel angenommene Staatseigenthum an den Domänen[2], theils mit Rücksicht auf das unantastbare Recht der Souverainetät[4] dem Nachfolger auch im obigen Falle keine Einsprache geben, so sind wir doch nicht berechtigt in dieser Beziehung den Standpunkt des alten Reichsrechts zu verlassen, da, wie wir gesehen haben, die Staatseigenschaft der Domänen nur eine Ausnahme, der Begriff der Souverainetät aber an sich auf die agnatischen Rechte ohne Einfluß ist[4]; wie denn selbst solche Schriftsteller, welche das Dogma der sog. Volkssouverainetät mit dem Wesen des erbmonarchischen Systems vereinbar halten (z. B. Boissy d'Anglas, Aretin, Murrhard), nicht umhin können, anzunehmen, daß die ursprünglich vom Volke ausgehende Gewalt nicht blos einer einzigen Person

1) v. Kamptz, a. a. O., S. 234 u. 235.
2) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 333.
3) Schmalz, Deutsches Staatsrecht, §. 289.
4) Von dem Einflusse der Souverainetät auf die Geltendmachung jener Rechte gegenüber von der Gesetzgebung siehe weiter unten.

(dem Monarchen), sondern auch deren rechtmäßigen Nachkommen verbindlich übertragen sei[1]).

Ein solches agnatisches Recht ist denn auch, zwar nicht in einem Urvertrage mit dem Volke, wohl aber in den Familiengesetzen des braunschweigischen Hauses, namentlich in dem Erbvergleiche v. J. 1635 und in dem brüderlichen Vertrage von 1636 (Art. 9) anerkannt, welche zugleich die Unveräußerlichkeit der Domänen ausdrücklich festgesetzt haben[2]). Gleichwohl glauben wir, daß der Inhalt des Staatsgrundgesetzes auch in dieser Beziehung sich werde rechtfertigen lassen. Dasselbe bestimmt §. 122:

„Sämmtliche zu dem königlichen Domanio gehörenden Gegenstände, namentlich Schlösser, Güter, Gefälle, Forsten, Bergwerke, Salinen und Activcapitalien machen das seinem Gesammtbestande nach stets zu erhaltende Krongut aus."

Eine Verletzung agnatischer Rechte würde in dieser Erklärung nur alsdann enthalten sein, wenn dieselbe eine Veräußerung involvirte, d. h. wenn dadurch dem Könige oder seinen Nachfolgern an der Regierung das Domanium entfremdet worden wäre. Allein nach dem, was wir bereits früher ausgeführt haben, kann hievon nicht die Rede sein; vielmehr ist das Eigenthum des Landesherrn und das eventuelle Successionsrecht der Agnaten lediglich unangetastet gelassen und nur hinsichtlich der Verwaltung und Verwendung das Eine und Andere angeordnet worden.

Indessen kommt man, was den vorliegenden Fall betrifft, ganz zu demselbem Resultate, mag man die Domänen als Staats- als Familien- oder als landesherrliche Güter betrachten. Im ersteren Falle versteht sich die Administration derselben durch die verantwortlichen Staatsbehörden und die Bestimmung ihres Ertrags zu den Staatsausgaben, wie solche in dem Grundgesetze angeordnet worden, von selbst. Im zweiten Falle aber müssen diese Bestimmungen aus dem Grunde aufrecht erhalten werden,

---

1) Vgl. Murrhard, Die Volkssouverainetät im Gegensatz der sog. Legitimität. Kassel 1832, S. 339 f.

2) Spittler, Gesch. Kalenbergs, a. a. O., Bd. VII, Bl. Nr. 7, S. 384. — Ribbentrop, Beiträge, I. S. 7, 81, 143 f. Damit stimmen überein die fürstlichen Testamente, namentlich des ersten Kurfürsten Ernst August v. J. 1686 (Stüve, Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes des Königreichs Hannover, S. 248).

weil, wie früher gezeigt, dieselben zum Besten des Staats und des regierenden Hauses getroffen worden, in welchem Falle die älteren wie die neueren Rechtslehrer eine Veräußerung der Kammergüter jedenfalls auch für den Nachfolger verbindlich halten. Standen endlich die Domänen, wie oben bewiesen worden, schon zuvor im landesherrlichen Eigenthum, so ist durch das Grundgesetz in der Person des Eigenthümers lediglich nichts verändert, sondern nur diese durch das Prädicat „Krongut" näher bezeichnet und nebenbei die Verwendung der Domanialeinkünfte auf eine den bisherigen Rechten des Landesherrn und der landesherrlichen Familie entsprechende Weise festgesetzt worden.

§. 5. Rechtsmittel des Nachfolgers wider die Handlungen des Vorfahren.

(Kann eine bestehende Landesverfassung oder ein Landesgesetz einseitig von ihm aufgehoben werden?)

Wir haben oben bei Prüfung der Einwendungen Sr. Majestät des Königs von Hannover wider das Grundgesetz die formellen und materiellen Einwürfe unterschieden. Derselbe Unterschied tritt auch hier wieder hervor. Wie nämlich bei jedem Rechtsgeschäfte in Betracht kommt die Form und der Inhalt, und auch ein in Hinsicht auf erstere ganz verbindlich eingegangenes Geschäft gleichwohl noch wegen des letzteren einer ganzen oder theilweisen Nullität oder Rescissibilität unterliegen kann, so läßt es sich denken, daß auch ein Gesetz und insbesondere ein Verfassungsgesetz, wenn schon in staatsrechtlicher Form zu Stande gekommen, doch in Hinsicht auf seine wesentlichen oder zufälligen Bestandtheile einer Anfechtung durch die Betheiligten ausgesetzt sei.

Zwar ist durch Verbindung der vormaligen Reichshoheit mit der Landeshoheit in den noch übrigen Territorien (Staaten) eine vollkommene politische Gewalt (Staatsgewalt) entstanden, welcher auch die fürstlichen Familienglieder unterworfen sind. Allein daraus folgt nicht, daß die Gesetzgebung jener Staaten aller natürlichen Grenzen, insbesondere der Rücksicht auf die wohlerworbenen Rechte der Agnaten überhoben sei. Auch die gesetzgebende Gewalt, mit Inbegriff der verfassunggebenden, hat, wenn sie nicht in Despotie, und zwar die allergefährlichste, weil unwiderstehliche, ausarten will,

gewisse Schranken anzuerkennen, und wiewohl man nicht mit Vollgraff [1]) gewisse Rechtsobjecte innerhalb des Staats geradezu für „gesetzunfähig", d. h. für untauglich, durch Gesetze bestimmt zu werden, erklären darf, so ist es doch legislatives Princip, erworbene Rechte (jura quaesita) gegen den Willen der Berechtigten nur alsdann aufzuheben, wenn das Gesammtwohl dies wirklich erheischt, und auch in diesem Falle nur unter möglichster Entschädigung [2]). Zu diesen Rechten gehört nun auch das Thronfolgerecht zuerst der männlichen und dann der weiblichen Mitglieder des durch Erbverbrüderung verbundenen braunschweigischen Gesammthauses und ebendamit die Anwartschaft auf das Eigenthum und den Genuß der königlichen Domänen.

Wir haben bereits ausgeführt, daß keines dieser Rechte im Grundgesetze verletzt worden. Indessen Se. Majestät der König von Hannover scheinen anderer Meinung zu sein, und es fragt sich daher: welche rechtliche Mittel stehen Denselben zu Gebot, diese Meinung durchzuführen?

Ständen wir noch in der Epoche des deutschen Reichs, so würde die Frage sich einfach lösen lassen, da bestrittene Rechte zwischen Regenten und Unterthanen als wahre Justizsachen vor die Reichsgerichte erwachsen waren, und nicht selten Fälle vorgekommen sind, wo Acte der landeshoheitlichen Gewalt nach gepflogener Verhandlung im Namen kaiserlicher Majestät aufgehoben oder durch vorläufige Mandate in ihrer Wirksamkeit suspendirt wurden [3]). Die Stellung der kaiserlichen Gewalt und das Mittel der Reichsgerichte machte diese Hülfe insbesondere möglich, wenn, was zuweilen vorkam, durch landesherrliche Verfügungen Rechte der Unterthanen oder der Agnaten gekränkt worden waren.

Allein diese Reichsgerichte nebst ihrer Quelle, der kaiserlichen Gewalt, sind nicht mehr; vielmehr ist die landesherrliche Gewalt eine dem Wesen nach unabhängige geworden, indem sie die Rechte der Reichsgewalt, so weit sie noch auf die Territorien wirkte, mit sich vereinigte, und namentlich die Rechte der Gesetzgebung und

---

1) Die historisch-staatsrechtlichen Grenzen moderner Gesetzgebungen. Marburg 1830. §. 23.

2) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 550. — Maurenbrecher, Staatsrecht, §. 181.

3) Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden, Th. 15, S. 21.

Gerichtsbarkeit als unveräußerliche Hoheitsrechte ausschließlich für sich in Anspruch nahm. Bei diesem Standpunkte der öffentlichen Gewalt in den einzelnen deutschen Staaten, insbesondere der gesetzgebenden müssen wir es als durchaus unzulässig erkennen, daß ein Landesgesetz durch eine andere Instanz, als die gesetzgebende Gewalt selbst, aufgehoben werde, da sonst die Souverainetät dieser Gewalt rein illusorisch wäre. Also nur eine Restitution, und zwar durch die Factoren der Gesetzgebung, d. h. die Regierung in Verbindung mit der grundgesetzlich eingerufenen Ständeversammlung, ist das Mittel, wodurch ein mittelst Gesetzes an Einzelnen verübtes materielles Unrecht wieder aufgehoben werden kann, und wodurch auch Seine Majestät einzig und allein Ihre materiellen Einwendungen wider das Grundgesetz rechtlich durchzuführen hoffen können, während, wenn dasselbe in ungültiger Form zu Stande gekommen wäre, Sie dasselbe allerdings als nichtig und dem Begriffe nach nicht vorhanden, wie jeder Andere, betrachten dürften. Insofern unterscheidet sich also allerdings das Gesetz des Staats und namentlich ein Vertrag zwischen dem Regenten und dem Volke von einem Privat-Rechtsgeschäfte, als Niemand, der dem Staate angehört, also der Gesetzesform unterworfen ist, sich der Gesetzeskraft aus innern Gründen entziehen, das Gesetz als Nicht-Gesetz betrachten kann, selbst wenn das behauptete materielle Unrecht das Wesen seines Inhalts und nicht blos einen Nebenbestandtheil desselben ausmachte. Dieß ergibt sich auch, abgesehen von dem Begriffe des Gesetzes, welches hier als Quelle und Gegenstand zugleich in Betracht kommt, aus der Natur der Staatseinrichtungen; denn wer sollte, falls irgend ein Unterthan behaupten wollte, er sei durch ein Gesetz verletzt, hierüber entscheiden? Der Richter innerhalb des Staats ist nicht competent, denn dieser steht, wie jedes andere Organ der vollziehenden Gewalt unter, nicht über dem Gesetze, das er in Anwendung zu bringen hat; er hat also, bevor er sich mit dieser Anwendung beschäftigt, blos zu prüfen, ob die Gesetzesform erfüllt, d. h. ob ein Gesetz vorhanden sei, nicht aber, ob das Gesetz selbst aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, der Gerechtigkeit seinem Inhalte nach ihm gut dünke; denn dadurch würde er in das Geschäft des Gesetzgebers eingreifen, und, sofern jeder Richter im Staate hinsichtlich jener Fragen wieder eine andere Meinung haben kann, den Zweck der Gesetzgebung, die Rechtsanwendung zu erleichtern und die Einheit

und Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, geradezu unmöglich machen.

Hiermit stimmt auch überein das hannöversche Grundgesetz §. 37, worin hinsichtlich der Verletzung wohl erworbener Rechte unterschieden wird, ob solche von der Verwaltungsbehörde oder von der Gesetzgebung ausgegangen. Im ersten Fall steht dem Verletzten der ordentliche Gerichtsgang offen. Ist aber die Verletzung durch einen Staatsvertrag oder durch ein verfassungsmäßig erlassenes Gesetz bewirkt, so kann dieselbe nicht zum Gegenstande eines Rechtsanspruches gegen den Staat oder gegen Verwaltungsbehörden gemacht werden.

Noch weniger kann ein Staatsangehöriger, und stehe er auch auf einer noch so hohen Stufe der Gesellschaft, das Gesetz dieser Gesellschaft selbst beugen, sich an die Stelle des Gesetzgebers und Richters zugleich setzen, wenn nicht die Ordnung im Staate und der Werth jeder öffentlichen Einrichtung blosgestellt werden soll. Auch das Verhältniß Sr. Majestät als Regierungs-Nachfolgers begründet hierin keinen Unterschied; denn agnatische Rechte, welche in Ihrer Person verletzt worden sein sollen, sind nicht mehr wohlerworbene Rechte, als andere Rechte, und so gewiß die gesetzgebende Gewalt mit besonderer Rücksicht für jene Rechte zu verfahren hat, so wenig können doch solche von der Gesetzgebung überall ausgenommen sein; vielmehr ist es gerade das Gesetz (Princip der Legitimität), welchem Sr. Majestät das Recht der Succession verdanken, welches Sie daher, indem Sie succediren und zur Theilnahme an der Gesetzgebung Sich berufen fühlen, um so mehr aufrechthalten und anerkennen, nicht aber seinem Wesen nach vernichten oder in Abrede stellen werden.

Zwar haben Seine Majestät Ihren Widerspruch gegen das Staatsgrundgesetz nicht schon als Agnat, sondern erst öffentlich erhoben, nachdem Sie die Regierung angetreten hatten. Allein da Dieselben aus Ihrer agnatischen Eigenschaft das Recht zum Widerspruch herleiten, und Sie in dieser Eigenschaft dem Gesetze Gehorsam schuldig waren, so folgt aus jenem Umstande für den Erfolg Ihres Widerspruchs lediglich nichts. Will man aber auch hiervon absehen und ebenso davon, daß der Regierungsantritt Sr. Majestät, als nicht in der verfassungsmäßigen Form (unter Anerkennung des Grundgesetzes) erfolgt, streng genommen keine rechtliche Wirkung

äußern konnte, so bleibt nichts desto weniger dasselbe wahr. Auch das monarchische Staatsoberhaupt in der constitutionellen Monarchie steht nämlich unter dem Gesetze; denn es ist nur einer der Factoren der Gesetzgebung *) und hat als Inhaber der Vollziehungsgewalt jedem Gesetze, so lange es ist, durch die verfassungsmäßigen Behörden, namentlich durch die Gerichte Achtung zu verschaffen. Dies gilt namentlich in Hannover ebensowohl nach dem Patente vom Jahr 1819, als nach dem Grundgesetze v. J. 1833. Ueberdies handelt es sich hier von Abänderungen in der Verfassung, wozu es nach dem constitutionellen Staatsrechte und insbesondere nach dem Staatsrechte Hannovers noch besonderer Formen bedarf.

Ein anderes Princip, wonach der Regent jeden Augenblick das Gesetz brechen oder sich an die Stelle des Richters setzen dürfte, wäre in der That für das Ansehen und die Wirksamkeit des Monarchen selbst nicht wünschenswerth.

Les lois sont les yeux du prince; il voit par elles ce qu' il ne

---

*) Wenn in der „Exposition" einiger Staatsdiener Sr. Majestät sich berufen wird auf eine höchste „Machtvollkommenheit", aus welcher das Grundgesetz aufgehoben worden, so ist hiegegen nur zu bemerken, daß eine plenitudo potestatis in diesem Sinne, d. h. eine despotische Willkür, welche Gesetze und Verträge für nichts achten dürfte, in dem deutschen Staatsrechte nicht anerkannt wird, und dem Art. 56 der wiener Schlußacte auf's Bestimmteste widerspricht. Zwar soll zu diesem §. von Hannover der Zusatz beantragt worden sein: „ausgenommen in solchen Punkten, die der Bundesacte und den neuen organischen Gesetzen des Bundes entgegenstehen möchten." Allein auch diese Ausnahme würde, wäre sie aufgenommen worden, nicht zu einseitiger Aufhebung des Grundgesetzes berechtigen, welches den Bundesgesetzen auf keine Art entgegen ist. Wenn sodann am Schlusse der Exposition als Grund, warum nicht erst der verfassungsmäßige Weg eingeschlagen worden, ausgehoben wird, daß derselbe der umständlichere (?) gewesen wäre, so möchte diese Rücksicht kaum auch nur politisch, geschweige rechtlich, entscheiden, da allzu rasche Aenderungen des Bestehenden, zumal einer ganzen Verfassung, sich nicht empfehlen und der „von Anbeginn sicher nicht geringe Eindruck des kräftigen und consequenten Auftretens der neuen und rein vaterländischen Herrschaft" gewiß ein noch erfreulicherer gewesen wäre, wenn mit der Kraft und Consequenz die Achtung vor dem Gesetze sich verbunden, und die Reihe eigener hannöverscher Könige, statt mit Vernichtung, mit Bekräftigung und Verbesserung vaterländischer Einrichtungen begonnen hätte.

pourrait pas voir sans elles. Veut il faire la fonction des tribunaux, il travaille non pas pour lui, mais pour ses séducteurs contre lui *).

Am wenigsten aber werden Seine Majestät König Ernst August ein solches despotisches Princip anzurufen geruhen, da Sie ja eben über eine vermeintliche Willkür Höchstihres Vorgängers in der Regierung Klage führen, welche durch eine neue willkürliche Handlung nicht gut gemacht werden könnte.

Es bleibt also für Seine Majestät nichts Anderes übrig, als den verfassungsmäßigen Weg einzuschlagen, um die behauptete Verletzung Ihrer agnatischen und Regierungs-Rechte geltend zu machen, d. h. eine Ständeversammlung nach den Bestimmungen des Grundgesetzes einzurufen, welche, wie wir nicht zweifeln, den vorgebrachten Beschwerden alle schuldige Aufmerksamkeit zuwenden wird.

Insbesondere gilt dies von der Behauptung Sr. Majestät, daß das Grundgesetz dem Gemeinwohle entgegen sei, daß dasselbe die königlichen Regierungsrechte verletze, und daß die agnatischen Rechte an den Domänen nicht geachtet werden.

Nur eine Frage bleibt hier noch übrig: ob nämlich Se. Majestät nicht etwa durch Berufung auf den deutschen Bund die obschwebende Angelegenheit zu einer rechtlichen Erledigung bringen könnten?

Nach der deutschen Reichsverfassung wären, wie gesagt, die Reichsgerichte in einem solchen Falle competent gewesen, und es kam je zuweilen vor, daß auch die Landesherren selbst, nicht blos ihre Stände, bei denselben Hülfe gesucht haben. Auch nach der heutigen Bundesverfassung können Streitigkeiten zwischen einer Regierung und ihren Unterthanen ausnahmsweise zu einer Entscheidung durch den Bund sich eignen. Doch hatten die Stifter des Bundes nicht sowohl eine Beschwerde der Landesregierungen gegen ihre resp. Unterthanen, als vielmehr den Fall im Auge, daß die Unterthanen eines Landes sich durch Maßregeln ihrer Regierung beschwert halten. Zwar ist nach der Schlußacte (Art. 57) der deutsche Bund, abgesehen von einer übernommenen besonderen Garantie, auch noch in dem Falle bei Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen als zuständig anzunehmen, wenn der Souverain eines Landes durch eine

*) Montesquieu, Esprit des lois, liv. VI, ch. 5.

landständische Verfassung nicht blos in der Ausübung bestimmter Rechte gebunden, sondern wenn ihm die Substanz des einen oder andern Regierungsrechts, z. B. die Gesetzgebung, entzogen worden wäre, ebenso nach Art. 61 in Verbindung mit Art. 26 und nach den Bundesbeschlüssen vom 28. Juni 1832, wenn die Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen in Widersetzlichkeit der Unterthanen gegen die Obrigkeit übergehen, oder die Stände der Erfüllung bundesverfassungsmäßiger Verbindlichkeiten ihrer Regierung hinderlich sein würden. Auch die Gesetzgebung der Bundesstaaten darf nach Art. 3 der ebengedachten Bundesbeschlüsse in diesen Beziehungen dem Bundeszwecke nicht entgegen sein *). Allein keiner dieser Fälle liegt in dem hannöverschen Grundgesetze vor, welches weder das monarchische Princip verletzt, noch den König in irgend einer Beziehung außer Stand setzt, den obhabenden Bundes- und Regentenpflichten nachzukommen. Ebenso wenig hat das Betragen der hannöverschen Unterthanen bis daher eine gefährliche Ruhestörung befürchten lassen. Wenn aber ein Grund zu dieser Befürchtung vorhanden sein sollte, so möchte derselbe jedenfalls nur darin gefunden werden, daß ein anerkannter öffentlicher Rechtszustand einseitig von Sr. Majestät geändert worden; was dem hohen Bunde allerdings Veranlassung geben könnte, von Amtswegen auf Beseitigung dieser Maßregel, als einer Quelle von Mißbehagen und Unzufriedenheit nicht allein für Hannover, sondern auch für das übrige Deutschland, bei Höchstdenselben anzutragen.

Also könnte nur etwa in schiedsrichterlicher Eigenschaft die Bundesversammlung zur Entscheidung über die Beschwerden Sr. Majestät zuständig werden, und möchte es in dieser Beziehung scheinen, als ob in dem am 30. Oct. 1834 vom Bunde eingeführten Schiedsgerichte das passendste Mittel zur Erledigung der obwaltenden Streitigkeiten gegeben sei, indem nach Art. 1 des in Frage stehenden Bundesbeschlusses jenes Gericht gerade für den Fall geordnet ist, daß in einem Bundesstaate zwischen der Regierung und den Ständen über die Auslegung der Verfassung oder über die Grenzen der bei Ausübung bestimmter Rechte des Regenten den Ständen eingeräumten Mitwirkung Irrungen entstehen sollten. Allein der Fall, wovon es sich zu Hannover handelt, ist doch wesentlich ein anderer, als der-

*) Reyscher, Publicist. Versuche, S. 204.

jenige, welcher hier vorausgesetzt wird. Es ist nämlich nicht blos eine der Verfassung v. J. 1833 gegebene verschiedene Auslegung oder überhaupt eine gewisse ständische Wirksamkeit in Folge dieser Verfassung von Seite königlicher Majestät beanstandet, sondern die Verfassung selbst aufgehoben worden, ohne auch nur die Meinung der verfassungsmäßigen Stände hierüber zu hören. Ferner sind die verfassungsmäßigen und mit den Gesetzen vereinbarlichen Wege zur Beseitigung der Irrungen keineswegs versucht worden, wie gleichwohl der genannte Art. 1 voraussetzt, indem die von Sr. Majestät einberufenen Stände weder der Verfassung v. J. 1819 noch der v. J. 1833 gemäß zusammengesetzt waren. Sodann kann das Bundesschiedsgericht nach Art. 3 des Bundesgesetzes und nach der Natur einer Compromißbehörde nur eingesetzt und wirksam werden, in Folge einer „Vereinbarung" beider Theile, d. h. einer übereinstimmenden Entschließung der Regierung und der competenten Stände. Nun sind aber die von Sr. Majestät berufenen Stände nicht das verfassungsmäßig competente Organ des Landes, also auch, wie solche selbst angenommen haben, nicht geeigenschaftet, eine Handlung als Stände vorzunehmen oder das angefochtene Grundgesetz in irgend einer Weise zu vertreten. Die competenten Stände können vielmehr nur eingerufen werden nach Maßgabe des Grundgesetzes; also müßte dieses, wenn je eine Vereinbarung hinsichtlich des Compromisses zu Stande kommen soll, erst von Sr. Majestät anerkannt und das Patent vom 1. November 1837 zurückgenommen werden.

§. 6. Was würde gelten, wenn die Einwendungen wider das Staatsgrundgesetz begründet wären?

Die bisherige Ausführung hat gezeigt, daß weder die formellen noch die materiellen Einwürfe Sr. Majestät des Königs wider die rechtliche Gültigkeit der Verfassung v. J. 1833 gegründet sind. Zu den ersteren rechneten wir namentlich die Einrede der mangelnden Vertragsform, die Berufung auf den Art. 56 der Schlußacte und den Einwurf der Novation. Zu den letzteren die Einrede der Verletzung, insbesondere des Gemeinwohls und der agnatischen Regierungs- und Domanialrechte. Nehmen wir nun aber auch eine Weile an: diese Einwendungen wären ebenso gegründet, als sie es nicht sind, so würde darum doch nicht das ganze Grundgesetz, son-

dern nur ein Theil desselben, gegen welchen die Einwendungen gerichtet sind, der Anfechtung ausgesetzt sein, der übrige Theil aber ungefährdet fortbestehen *). Doch setzen wir selbst den äußersten Fall: das ganze Grundgesetz wäre wegen unheilbarer Mängel nichtig und ohne Wirkung, was wäre die Folge davon? Doch keineswegs eine völlige Verfassungslosigkeit oder ein Zustand, wie ihn die Handlungen Sr. Majestät voraussetzen, welche zwar in dem Patente v. 1. Nov. 1837 die Verfassung v. J. 1819 als die einzig rechtmäßige anerkannt, aber gleichwohl auch diese nicht wiederhergestellt, vielmehr zu ihrer Verbesserung eine allgemeine Ständeversammlung eingerufen haben, welche weder der alten noch der neuen Verfassung entsprach.

Nach dem Patente v. J. 1819 gehörte zur allgemeinen Ständeversammlung von Amtswegen das vormalige Schatzcollegium, eine aus sieben auf Lebenszeit von den Provinzialständen erwählten Deputirten und aus den beiden Generalsecretären der allgemeinen

---

*) In der „Exposition" wird gesagt: „Die Geschichte der Entstehung dieser Verfassung schloß die rechtliche Möglichkeit ihrer theilweisen Aufhebung aus." Allein der Vorbehalt der endlichen Entschließung in dem königl. Rescripte v. 11. Mai 1832 sollte ohne Zweifel nur eine theilweise Acceptation der königl. Zugeständnisse von Seite der Stände, nicht aber eine spätere partielle Anerkennung derselben von Seite der königl. Regierung ausschließen. Wichtiger wäre es, wenn die Stände von der Erfüllung einzelner unberücksichtigt gebliebener Wünsche die Verbindlichkeit des Ganzen abhängig gemacht hätten; allein dies scheint nicht geschehen zu sein; denn die Erklärungen einzelner Mitglieder der Versammlung, worauf die Exposition hinweist, machen noch keinen Beschluß und haben überdies bereits entschiedene und erledigte Dissens-, nicht aber diejenigen Punkte im Auge, wegen welcher zuletzt noch Meinungszwiespalt war.

Wären freilich die materiellen Beschwerden des jetzigen königl. Cabinets gegründet, und würden ihnen zu Folge die betreffenden Bestimmungen geradezu aus dem Grundgesetze entfernt, so würde ebendamit auch einer Reihe anderer Bestimmungen, wo nicht dem gesammten Grundgesetze, das vertragsmäßige Fundament entzogen; allein wie wir gesehen haben sind auch jene Beschwerden ungegründet, und wären sie gegründet, so dürfte darum doch das formell gültige Grundgesetz nicht einseitig angetastet, sondern es müßten erst auf verfassungsmäßigem Wege die nothwendigen Aenderungen eingeleitet werden, und hier hinge es nun allerdings von den Ständen ab, ob sie demungeachtet in das Uebrige consentiren wollten.

Ständeversammlung unter dem Vorsitze eines von dem König ernannten Präsidenten bestehende Behörde, deren Aufgabe es war, die Aufsicht über die General-Landescasse und die in solche fließenden Steuern zu führen und die in dieser Hinsicht, sowie in Beziehung auf das Landesschuldenwesen mit landesherrl. Genehmigung gefaßten ständischen Beschlüsse zu vollziehen. Dieses Schatzcollegium ist in Folge der durch das Grundgesetz v. J. 1833 angeordneten Vereinigung der königlichen und der Landescasse durch Verordnung vom 30. Juli 1834 aufgehoben und im Hinblick hierauf schon in dem Grundgesetze nicht mehr berücksichtigt worden. Bei Wiedereinrufung der alten Ständeversammlung hätte nun aber das Schatzcollegium nothwendig wieder eine Stelle in der Landesrepräsentation finden sollen, indessen heißt es dießfalls in der Proclamation:

> „Da das Schatzcollegium aufgehoben worden ist, so können dessen Mitglieder, welche nicht nach dem Patente vom 7. Dec. 1819 sowohl in der ersten als in der zweiten Kammer der allgemeinen Ständeversammlung Sitz und Stimme hatten, als solche zu der allgemeinen Ständeversammlung nicht weiter zugelassen werden."

Es versteht sich aber von selbst, daß wenn die grundgesetzliche Organisation der Stände nicht mehr anerkannt wird, um so gewisser die frühere wieder einzutreten hat, und nicht nach Willkür Einiges von dem Grundgesetze beibehalten, Anderes entfernt werden darf, da, wenn das Grundgesetz nichtig ist, dasselbe ebensowenig als Quelle der Aufhebung wie des Bestands von Einrichtungen angezogen werden darf.

Auch die Organisation der Staatsverwaltung, wie sie das Edict vom 12. October 1822 *) geschaffen hatte, ist von Seiner Majestät willkürlich verlassen, das Cabinetsministerium von dem Staatsministerium getrennt und das Wichtigste, was von Regierungsanordnungen seither ausging, namentlich das Patent vom 1. Nov. 1837 durch das erstere erlassen worden. Vielleicht hält man uns entgegen, daß jene Organisation nicht mit der Verfassung zusammenhänge, sondern Sache der Gesetzgebung sei; allein auch in diesem Falle durfte doch nach dem Patente v. J. 1819 der ständische Beirath nicht umgangen werden. Insbesondere ist es höchst widersprechend, daß Se. Majestät, nachdem Sie die frühere Ver-

*) Pölitz, Europ. Verfassungen, Bd. I. S. 267.

fassung als einzig normirend betrachtet, gleichwohl weder das alte, auch noch im Grundgesetze aufrecht erhaltene Geheimeraths-Collegium als höchste Aufsichtsbehörde, namentlich über Verwaltung der Domänen, noch das vormalige Schatzcollegium nebst der besonderen Landescasse als fortbestehend anerkannt haben.

Allerdings, wenn man die Einwürfe wider die formelle Gültigkeit betrachtet, so lassen diese sich eben sowohl der Verfassung vom Jahr 1819 als der v. J. 1833 entgegensetzen; denn auch jene ist nicht mit vollem Consense der damaligen Stände, noch unter Mitwirkung der Agnaten eingeführt worden. Alsdann besteht aber in dem Königreich Hannover von Rechtswegen zwar keine allgemeine ständische Verfassung, wohl aber eine Anzahl provinzialständischer Einrichtungen, deren fortdauernde rechtliche Existenz schon vor dem Patente v. J. 1819 wiederholt von der königlichen Regierung anerkannt worden war, und welche nur darum auch nach diesem Patente nicht in eine umfassendere Wirksamkeit getreten sind, weil die wichtigsten altlandschaftlichen Rechte, namentlich das der Theilnahme an der Gesetzgebung und die Steuerbewilligung fast ausschließlich für die allgemeine Ständeversammlung in Anspruch genommen wurden.

Wollte man einwenden, daß die allgemeinen Stände diese Rechte nur in precärer Weise ausgeübt haben, sofern nämlich das Patent ebenso wie das Grundgesetz als nichtig denselben keine Rechte haben geben können, oder sofern das erstere als Privilegium zu betrachten und daher dem Widerrufe (?) ausgesetzt sei, so würde auch hieraus nichts gegen den rechtlichen Bestand, beziehungsweise das Wiederaufleben der alten Provinzialverfassungen folgen, da, wenn die beiden gemeinschaftlichen Verfassungen von 1819 und 1833 nichts gelten würden, auch die Uebertragung einzelner Rechte in denselben auf die allgemeinen Stände wirkungslos wäre. Also selbst wenn das Grundgesetz v. J. 1833 und das Patent v. J. 1819 als rechtliche Thatsachen dürften geläugnet werden, so würde zwar keine allgemeine ständische Verfassung in Hannover bestehen, wohl aber ein System von Provinzialverfassungen, das freilich noch sehr des Ordnens und Läuterns und wahrscheinlich wieder aller derjenigen Durchgangspunkte bedürfte, welche v. J. 1815 bis z. J. 1833 gefunden worden sind.

Sollten nun aber diese alten Provinzialverfassungen, bei welchen, wie Se. Majestät voraussetzen, die alten Lande sich so sehr

wohl befunden haben, den Ansichten Allerhöchstderselben eher zusagen, als die neue allgemeine Verfassung? Es scheint allerdings, daß jene Verfassungen, deren Wesen wir oben kennen gelernt haben (S. 5 f.), zu ihrer Zeit ganz tauglich gewesen, das Wohl der Unterthanen zu fördern, zumal bei dem guten Willen der kurfürstlichen Regierung, dieselben aufrecht zu erhalten und zum Segen für das Volk werden zu lassen. Allein wir haben bereits bemerkt (S. 19 und 20), daß die völlige Wiederherstellung der Provinzial-Stände in den alten und neuen Landen mit Rücksicht auf die veränderten Zeit-Verhältnisse und Zeit-Bedürfnisse staatlich unmöglich sei. Es kann also, gesetzt auch die Wünsche einzelner Provinzen und Stände wären auf eine derartige Restauration gerichtet, diese um des Ganzen willen nicht durchgeführt werden. Vielmehr gebietet der Staatszweck und die Rücksicht auf das Wohl der verschiedenen Bestandtheile des Königreichs, die politische Einheit, zu der sie jetzt verbunden sind, durchzubilden und zu benutzen zu gemeinschaftlicher Förderung der gemeinschaftlichen Interessen mittelst einer das Ganze umfassenden und daher auch das Ganze bindenden Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung. Es scheint auch auf keine Weise, daß die separaten Bestrebungen, welche nach Aufhebung des Grundgesetzes wieder erwacht sind, mit den Tendenzen des Cabinets völlig im Einklange stehen, oder daß dieses die Vortheile der Staatseinheit, insbesondere die Einrichtung einer allgemeinen Stände-Versammlung, welche man früher nicht kannte, mit dem Grundgesetze habe aus den Händen geben wollen.

Wenn es nun aber nicht das Dasein allgemeiner Stände ist, worin Seine Majestät eine schädliche Neuerung gefunden haben, so sehen wir in der That nicht ein, was Höchstdieselben durch die Rückkehr zu den erbländischen Verfassungen, welchen die alten Provinzialverfassungen der neu erworbenen Lande mit gleichem Rechte sich zur Seite stellen dürften, an Unabhängigkeit von ständischem Einflusse gewinnen sollten. Die ständische Zustimmung zu Gesetzen würde dadurch nicht umgangen werden; denn dieses Recht besaßen, wie wir gesehen haben, wenigstens einige Provinziallandschaften schon früher. Eben so wenig und aus demselben Grunde das ständische Recht der

Steuerverwilligung, welches überdieß auch von der jetzigen Regierung anerkannt ist. Eine wichtige Aenderung des Grundgesetzes war allerdings die Vereinigung der Domänen und der Landescasse; allein auch in dieser Beziehung würde die Wiederherstellung des alten Rechts Seiner Majestät keinen Vortheil bieten, und namentlich die beabsichtigte Erleichterung der ersteren Casse nicht erreicht werden, da die Folge davon nicht wäre, wie vorausgesetzt wird, daß die Regierungsausgaben ihr abgenommen und nur Zuschüsse zu denselben in die Landescasse zu geben sein würden, vielmehr, daß jene Ausgaben wieder, wie vormals, principaliter auf der Domänencasse lasteten.

Während das Patent vom 1. November 1837 und der Entwurf von 1838 in dieser Beziehung, angeblich um das Alte wiederherzustellen, dieses Alte geradezu auf den Kopf stellen, indem sie davon ausgehen, die Regierungsausgaben liegen der Steuercasse ob, und die Domänen haben nur Zuschüsse zu geben: soll nach dem königlichen Schreiben vom 15. Februar 1839 nun zwar eine Theilung derselben eintreten *), aber immer wieder unter der Voraussetzung, daß die Staatslast auf den Steuern ruhe und daher der Beitrag der Domänencasse zu den Kosten der Landesverwaltung sich von selbst mindere, respect. der Beitrag der Landes- (Steuer-) Casse sich mehre, wenn die Hofausgaben, z. B. für die nichtregierenden Mitglieder des königlichen Hauses (sonst hatte das Land nur bei der Vermählung einer Prinzessin die sogenannte Prinzessinsteuer von etwa 40,000 fl. zu geben), für die Schloßbauten (welche sonst das Land gar nichts angingen), sich erhöhen. Eine generelle Verpflichtung des Landes zu Deckung der Regierungsausgaben hat, wie hier wiederholt gesagt werden muß, früher nicht Statt gefunden, sondern nur eine singuläre oder ausnahmsweise Verpflich-

*) Nach welchen Grundsätzen getheilt werden soll, sieht man daraus, daß nach dem Postscriptum zu obigem Schreiben meist solche Ausgabeposten, welche ein Wachsthum versprechen, der Steuercasse gelassen werden und nebenbei die ganze Domanialschuld mit einem Nettobetrage von 4,700,000 Thlr.

tung zur Bestreitung einzelner vertragsweise übernommener Ausgaben. Das Grundgesetz ist hierin nun allerdings weiter gegangen, aber nur unter gewissen Garantien (Cassenvereinigung und Budgets-Einrichtung). Nach dem neuen Vorschlage des Cabinets würde dagegen die grundgesetzlich subsidiäre Verpflichtung der Stände zu Deckung der Regierungsausgaben acceptirt, aber ohne die beigefügten Bedingungen. Also doch das Grundgesetz, aber nur soweit es dem Cabinet nützlich, nicht auch sofern es ihm lästig ist! Daß die frühere Einrichtung unpassend und daß die Kräfte der Domänencasse unzureichend, wird nicht bestritten; aber eben darum schien die Vereinigung der beiden Cassen nothwendig, und, da auch die Steuerkräfte zu berücksichtigen sind, die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Steuern, welche gewonnen wird durch ständische Controle. Unbillig ist es unter allen Umständen, den Ständen Namens des Landes Verwilligungen anzusinnen, ohne die gewonnene Einsicht von ihrer Nothwendigkeit. Betrachten wir aber die Sache bloß juristisch, so hat das Cabinet, falls das Grundgesetz ungültig sein sollte, nicht die Wahl, wie weit der Zustand vor demselben herzustellen, sondern es hat sich ganz an dasjenige gebunden zu halten, was damals Rechtens gewesen, bis es auf verfassungsmäßige Weise abgeändert ist.

Zu diesen vorgrundgesetzlichen Einrichtungen gehört namentlich auch das Schatzcollegium, welches nun nach den k. Schreiben v. 15. Febr. 1839 zwar wiederhergestellt werden soll, aber erst wenn die Cassentrennung vollständig ausgeführt ist. Auch diese Zusage genügt nicht; denn abgesehen davon, daß zur Ausführung dieser Trennung an sich schon die Wirksamkeit jenes Collegiums erwünscht sein müßte, bedarf es unter Voraussetzung der Nichtigkeit der grundgesetzlichen Einrichtungen nicht erst einer neuen Herstellung des früheren Zustandes, sondern dieser Zustand besteht vielmehr noch jetzt rechtlich fort. Wie also die Domänencasse und die Landescasse von selbst wieder in ihre alten Rechte und Verbindlichkeiten eingesetzt sind, so ist dem Schatzcollegium, wie vormals, die Landescasse anzuvertrauen, und nur eine Abrechnung wegen der mehrjährigen gemeinschaftlichen Verwaltung zwischen der Kammer auf der einen, und dem Schatzcollegium auf der andern Seite erforderlich.

§. 7. Rechtliche Schutzmittel wider den Nachfolger.

Die bisherige Ausführung hat gezeigt, daß das Grundgesetz des Königreichs Hannover v. 26. Sept. 1833 noch jetzt formell zu Recht bestehe, und daß die materiellen Einwendungen Sr. Majestät des Königs wider dasselbe nur auf verfassungsmäßigem Wege, d. h. in Uebereinkunft mit den grundgesetzlichen Ständen eine rechtliche Erledigung finden können.

Seine Majestät haben diesen Weg bisher nicht eingeschlagen, sondern, nachdem Sie gleich bei Uebernahme der Regierung die Anerkennung des Grundgesetzes verweigert hatten, eine aus mehreren königlichen Dienern bestehende Immediat-Commission zur Prüfung desselben niedergesetzt und in Folge des von dieser erstatteten Berichts, welcher jedoch nicht zur Oeffentlichkeit gelangt ist, Sich unmittelbar Recht dadurch verschafft, daß Sie mittelst Patents vom 1. Nov. 1837 das Grundgesetz ohne Weiteres aufhoben, und einen Zustand einführten, von dem Sie behaupteten, daß er der frühere und einzig rechtmäßige sei.

Wir haben bereits oben bemerkt, daß diese von Sr. Majestät beabsichtigte Selbstrestitution keineswegs im vollen Sinne auch nur eine *factische* Restitution zu nennen ist, indem wichtige Einrichtungen, welche die vorgrundgesetzliche Verfassung und Gesetzgebung in sich schloß, wie z. B. das Schatzcollegium, nicht wiederhergestellt worden sind, und es war deshalb die Bitte des osnabrücker Magistrats in seiner Eingabe an die Bundesversammlung vom 19. März 1838 subsidiär dahin gerichtet, daß, wenn auch das Grundgesetz selbst nicht wiederum in Wirksamkeit sollte gesetzt werden können, alsdann wenigstens die Verfassung vom J. 1819 in voller Integrität zurückgegeben werde, bevor Verhandlungen über die neue Verfassung des Königreichs zugelegt werden. Allein auch diese Bitte ist mit dem auf Schutz im Besitze des Grundgesetzes gerichteten Hauptgesuche durch Beschlüsse der Bundesversammlung vom 6. Sept. 1838 deshalb abgewiesen worden, weil in dem vorliegenden Falle ihre Legitimation zur Beschwerdeführung in den Bestimmungen der deutschen Bundes- und der Schluß-Acte nicht begründet sei. Ebenso wenig hatte eine von dem osnabrücker Magistrat schon früher bei Sr. Majestät geziemend vorgebrachte Bitte, dem hohen Bunde die Entscheidung in

der Verfassungssache zu überlassen, Gehör gefunden, noch haben Seine Majestät seither in Folge der von den verschiedensten Seiten zu Gunsten des Grundgesetzes laut gewordenen Bedenken und Wünsche selbstwillig eine Aenderung in Ihren Maßregeln getroffen.

Der gegenwärtige öffentliche Rechtszustand im Königreiche Hannover ist somit, soweit er auf den Maßregeln Sr. Majestät gegen das Grundgesetz beruht, ein rein willkürlicher, und es ist nicht mehr die Frage: ob derselbe auf rechtlichen Werth Anspruch zu machen habe? welche Frage nach dem Obigem nur verneint werden kann, sondern: welche rechtliche Mittel stehen den Unterthanen jenes Königreichs und den sie vertretenden Magistraten zu Gebot, um sich im Besitze des Grundgesetzes zu schützen?

Es ist wahr, die heutigen Verfassungen haben weniger Bürgschaften für sich, als die alten, welche gestützt auf eigentliche Stände, insbesondere auf eine Anzahl vielfach selbstständiger Corporationen, ohne deren freiwillige Beihülfe nichts Erhebliches ausgeführt werden konnte, den Landesherrn von selbst in einer gewissen Abhängigkeit erhielten, während die heutigen Stände, einer eigentlichen ständischen Grundlage entbehrend, blos durch das sogen. Repräsentativ-Princip eine Bedeutung erhalten, die sie aber einzig und allein in der vom Landesherrn einberufenen und entlaßbaren Versammlung geltend machen können. Die alten Stände hatten ferner einen häufig wirksamen Schutz zu erwarten bei den Reichsgerichten, während das Beschwerderecht der heutigen Stände am Bundestage, auch so weit solches anerkannt ist, vom Landesherrn jederzeit dadurch unwirksam gemacht werden kann, daß er die Ständeversammlung als das Organ des Landes auflöst und nicht wieder einberuft.

Dennoch dürfen die Unterthanen gegenüber von dem Regenten nicht als rechtlos oder schutzlos angesehen werden; vielmehr kommen denselben immer noch mehrere Schutzmittel zu statten:

1. sind es die Staatsdiener, welche ebenso wie die alten Ministerialen ihnen in gewisser Beziehung schützend zur Seite zu stehen haben, indem sie dem Lande dafür verantwortlich sind, daß die Verfassung eingehalten werde *). Namentlich liegt eine

*) Hannöv. Grundgesetz, §. 161.

solche Verantwortlichkeit ob den höchsten Beamten des Staats, den Ministern [1]). Zwar kann auch das dieser Dienstpflicht correspondirende Recht der Stände auf Anklage verfassungswidrig handelnder Departements=Vorstände [2]) nicht ausgeübt werden ohne das Vorhandensein einer klagenden Ständeversammlung. Allein dadurch, daß eine Klage gegen die öffentlichen Diener möglicher Weise vereitelt werden kann durch eine neue verfassungswidrige Willkür, wird die Pflicht und das Recht dieser Diener zur Aufrechterhaltung der Verfassung so wenig aufgehoben, als durch die einseitige Handlung des Staatsoberhauptes, wodurch dieser die Verfassung für nichtig und die Staatsdienerschaft ihres Eides auf dieselbe für entbunden erklärt. Das Grundgesetz des Königreichs Hannover vom 26. Sept. 1833 ist daher noch jetzt, wie vor dem Patente vom 1. Nov. 1837, Quelle verschiedener Rechte und Pflichten, wie für Seine Majestät den König selbst, so auch für Höchstderselben und Ihres Landes Diener und Obrigkeiten. Insbesondere kann nach demselben kein Civilstaatsdiener seiner Stelle willkürlich entsetzt und die völlige Entlassung vom Richteramte nur durch Urtheil und Recht verfügt werden [3]) (§. 163).

2. Auch der staatsbürgerliche Gehorsam (obsequium civile) ist keine unbedingte, sondern eine durch die Verfassung bedingte Pflicht (verfassungsmäßiger Gehorsam), und wenn schon dies das hannöversche Grundgesetz nicht, wie z. B. die württembergische Verfassungsurkunde, ausdrücklich hervorhebt, so versteht es sich doch von selbst, da jedes Recht, also auch das auf Gehorsam, nur gedenkbar ist, unter der ihm zur Seite stehenden Verpflichtung, die Rechte Anderer zu achten, und niemand verbunden sein kann, der nicht selbst auch Rechte hat, insbesondere gegen denjenigen, der ihn verpflichtet. Endlich

3. ist man wohl anzunehmen berechtigt, daß auch der Schutz,

---

1) Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister. Tüb. 1837.

2) Grundgesetz, §. 151, 152.

3) Der neue Verfassungsentwurf, §. 163, beschränkt den letzteren Grundsatz auf solche königliche Diener, welche lediglich ein Richteramt bekleiden. Damit wäre derselbe für die untere Instanz, wo die Trennung der Justiz von der Verwaltung noch nicht durchgeführt ist, unanwendbar gemacht.

welchen die Bundesgesetze den bestehenden Landesverfassungen zusagen, nicht blos von der allgemeinen Ständeversammlung, sondern auch von den Provinzial-Versammlungen, einzelnen Körperschaften und Unterthanen angesprochen werden darf. Zwar ist in neuester Zeit von dem hannöverschen Cabinet die Competenz des Bundes in der dortigen Verfassungssache überhaupt in Zweifel gestellt worden; allein mit Unrecht; denn wenn auch der Art. 56 der Schlußacte dieselbe nicht unmittelbar ausspricht, sondern nur den allgemeinen Satz aufstellt, daß eine in anerkannter Wirksamkeit bestehende Landesverfassung nur auf verfassungsmäßigem Wege wieder aufgehoben werden könne: so erhält doch die Aufnahme dieses an sich unzweifelhaften staatsrechtlichen Grundsatzes in ein Grundgesetz des Bundes nur Bedeutung in der Voraussetzung, daß die Anerkennung desselben zur Bundespflicht habe gemacht werden wollen. Dieß wird denn auch bestätigt durch die Verbindung, in welcher der Art. 56 mit den vorangehenden Art. 54 und 55 und mit den nachfolgenden Art. 57—62 steht. Alle diese Artikel haben, wie namentlich aus dem Eingange des Art. 62 hervorgeht, die Vollziehung des Art. 13 der Bundesacte zum Gegenstande, wonach in allen Bundesstaaten landständische Verfassungen stattfinden sollen; und wenn schon nach Art. 55 den souverainen Fürsten überlassen ist, diese innere Angelegenheit mit Berücksichtigung sowohl der früherhin gesetzlich bestandenen ständischen Rechte, als der gegenwärtig obwaltenden Verhältnisse zu ordnen, so fügen doch die Art. 56—59 mehrere Beschränkungen, theils zum Schutze wohlerworbener verfassungsmäßiger Rechte, theils zur Aufrechthaltung des monarchischen Princips und der unmittelbaren Bundeszwecke hinzu, in welchen Beziehungen also den Landesfürsten nicht freie Hand gelassen ist. Ergäbe es sich nun auch nicht von selbst, daß die Bundesversammlung über Vollziehung dieser wie anderer Bundesbestimmungen zu wachen habe*), so müßte dieß doch aus dem Art. 54 jener Urkunde, welcher den die Entwicklung des Art. 13 der

*) Art. 31 der Schlußacte. Vergl. Prov. Competenzbestimmungen der Bundesversammlung v. 12. Juni 1817, §. 4, Nr. 3 (bei Klüber, Quellensammlung, 3. Aufl. S. 237); Executionsordnung, Art. 1 (Klüber S. 297).

Bundesacte betreffenden Bestimmungen voransteht, gefolgert werden, worin der Bundesversammlung ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, über Vollziehung jenes Artikels zu wachen; ebenso aus Art. 61 der Schlußacte, worin außer dem Falle der übernommenen besondern Garantie eine Einwirkung der Bundesversammlung in landständischen Angelegenheiten namentlich zum Zweck der Aufrechthaltung der über den 13. Artikel der Bundesacte hier (Art. 54—59) festgesetzten Bestimmungen gestattet ist. Zwar könnte es scheinen, daß bei dieser Auslegung der Art. 60 der Schlußacte seine Bedeutung verliere, wonach die Bundesversammlung durch Uebernahme der besonderen Garantie für eine landständische Verfassung die Befugniß erhält, auf Anrufung der Betheiligten die Verfassung aufrecht zu erhalten und die über Auslegung oder Anwendung derselben entstandenen Irrungen beizulegen. Allein zwischen der allgemeinen Garantie, welche nach den Bundesgesetzen jede landständische Verfassung zu genießen hat, und dem besonderen Schutze, welchen die Bundesversammlung vertragsmäßig übernimmt, besteht immer noch der Unterschied, daß im letzteren Falle die Bundesversammlung auf Erfordern die garantirte Verfassung unmittelbar auszulegen und in allen ihren einzelnen Bestimmungen aufrecht zu erhalten hat, während im ersteren Falle nur die Bundesgesetze unmittelbar zu vollziehen, und demgemäß bei Streitigkeiten über Auslegung einer Landesverfassung nicht zu interveniren ist. Für solche Fälle dient jetzt im Falle der Vereinbarung das Bundesschiedsgericht.

Wann und aus welcher Veranlassung von Bundeswegen einzuschreiten sei, ergiebt sich aus Art. 53 der Schlußacte, worin zwischen den im ersten und den im zweiten Abschnitte der Bundesacte enthaltenen Bestimmungen unterschieden und in Beziehung auf letztere, wohin namentlich auch der Artikel 13 der Bundesacte gehört, der Bundesversammlung auferlegt ist, die Erfüllung der dadurch von den Bundesregierungen übernommenen Verbindlichkeiten zu bewirken, wenn sich aus hinreichend begründeten Anzeigen der Betheiligten ergebe, daß dieselbe nicht stattgefunden habe. Wird nun aber den Betheiligten ein Beschwerderecht wegen mangelnder Vollziehung der Bundesacte eingeräumt, so ist dasselbe ohne Zweifel auch hinsicht-

lich der Ergänzungen und Erläuterungen zu behaupten, welche dieser Artikel durch die Schlußacte erhalten hat.

Wer unter „Betheiligten" zu verstehen ist, wird in der Schlußacte nicht gesagt. Ebendarum darf aber dieses Wort nicht beschränkend, sondern dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß ausgelegt werden. Betheiligt (Interessent) ist bei einem Verfassungszustande nicht blos die Gesammtheit des Landes, welche durch die allgemeine Ständeversammlung vertreten wird, sondern auch die einzelnen Provinzen, Corporationen und Unterthanen, welche sämmtlich theils allgemeine, theils besondere Rechte aus dem Grundgesetze geltend zu machen, theils wenigstens eine Garantie ihrer Rechte in dem verfassungsmäßig gesicherten Rechtszustande zu suchen haben. Wenn schon daher da, wo Rechte des Landes von der Regierung gefährdet sind, die allgemeine Ständeversammlung das natürliche Organ ist, um dieselben geltend zu machen, so schließt dieß doch ein Beschwerderecht der einzelnen Provinzen und Corporationen nicht aus, wofern entweder besondere Interessen dieser verletzt oder allgemeine Stände gar nicht vorhanden sind. Wäre dieses nicht anzunehmen, so gäbe es da, wo der Art. 13 noch nicht vollzogen ist, gar kein Beschwerderecht, und andererseits hätte, wo eine ständische Verfassung besteht, die Regierung ihren Widerspruch mit den Bundesgesetzen nur auf das Aeußerste zu steigern, indem sie dieselbe aufhebt, um gegenüber von dem Bunde gesichert zu sein. Daß ein solcher Widerspruch nicht im Sinne der Bundes- und der Schlußacte liege, bedarf keines Beweises. Auch hat die hohe Bundesversammlung nicht nur im Allgemeinen in den provisorischen Competenz-Bestimmungen vom 12. Juni 1817 [1]), sondern auch in mehreren besonderen Fällen [2])

1) §. 5, Nr. 1 (Klüber, a. a. O., S. 239): „Insofern die Bundes- oder Congreßacte für Einzelne, für Corporationen oder ganze Classen Bestimmungen und Hinweisungen enthält, deren nähere vollkommene Entwicklung der Bundesversammlung vorbehalten ist, so haben diese allerdings ein wohlbegründetes Recht, deren Berichtigung bei dem Bundestag in Anregung zu bringen, sowie Anträge und Vorschläge desfalls zu übergeben." Vgl. §. 4, Nr. 5.

2) Z. B. bei dem Gesuche einiger Prälaten und Ritter des Herzogthums Holstein um Wiederherstellung der landständischen Verfassung v. J. 1823. Klüber, Quellensammlung.

ihre Zuständigkeit in dergleichen Verfassungsstreitigkeiten auf den Grund des Art. 61 der wiener Schlußacte und die Competenz einzelner Betheiligten zur Beschwerde in solchen Fällen anerkannt.

IV. Wie weit geht die Pflicht des Gehorsams, beziehungsweise das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt?

§. 1. Von dem Unterthanen-Gehorsam.

A. Von den Grenzen des Gehorsams und Widerstandes der Unterthanen im Allgemeinen.

Wie der Staatszweck und die verfassungsmäßigen Befugnisse der Obrigkeit ihre Grenzen haben, so auch der Gehorsam der Unterthanen, welche in dieser Eigenschaft nicht aufhören Menschen und Staatsbürger zu seyn. Zwar meint Schmalz [1]), daß, wenn schon die Regierung des Staats nur Gesetze geben und befehlen könne in Dingen, die den Zweck des Staats angehen, doch auch ein Unrecht, welches der Souverain einem Unterthan zufüge, diesen von der Pflicht des Gehorsams nicht entbinde; allein so allgemein ausgedrückt würde dieser Satz wieder zu dem von Hobbes [2]) gelehrten Despotismus führen, wonach der Unterthan selbst den unbefugten Mord der nächsten Angehörigen still dulden müßte, sofern er nur von oben geboten wird; und doch ist auch Hobbes genöthigt, in einem Falle den Ungehorsam zu gestatten: wenn nämlich von dem Unterthan verlangt werde, selbst Hand an sich oder seinen Vater zu legen. Die Hobbes'sche Theorie hat längst ihre Widerlegung gefunden, unter Anderen in P. J. A. Feuerbach [3]); und wenn Schmalz aus der Pflicht gegen die übrigen Staatsbürger, welche doch nothwendig gleichfalls ihre

---

1) Das deutsche Staatsrecht, §. 318 u. 319.

2) De cive., cap. VI, §. 13.

3) Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn. Gießen 1797. — Vgl. Fr. Murrhard, Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger gegen die bestehende Staatsgewalt. Braunschweig 1832, S. 126 f.

Grenzen hat, einen unbegrenzten Gehorsam ableitet, so hat er damit eben sowohl das Rechtsgebiet verlassen, als wenn Hobbes mit der Pflicht christlicher Duldung (ire ad Christum per martyrium) denselben herstellen will.

Auf der andern Seite gehen diejenigen zu weit, welche, wie R. Mohl[1]) Unbotmäßigkeit und äußersten Falls selbst thätigen Widerstand gegen jeden verfassungs- oder gesetzwidrigen Befehl der Obrigkeit, ohne Unterschied des bedrohten Guts, einräumen und sogar behaupten: die Befolgung eines solchen Befehls sei nicht nur nicht Pflicht, sondern sogar Verbrechen gegen den Staat. Ein Verbrechen könnte der Gehorsam nur dann sein, wenn der Beamte einen Bürger zum Mitschuldigen an einem Angriffe auf den Staat oder die Rechte Dritter machte; nicht aber, wenn materiell blos der gehorsame Bürger selbst darunter leidet. Aber auch das Recht zum activen und passiven Widerstande darf nicht so umfassend gedacht werden; denn wenn ohne Unterschied jede gesetzwidrige Handlung der Obrigkeit zum Widerstande berechtigte, so würde, da gesetzwidrige Handlungen der Beamten auch im besten Staate nicht selten vorkommen, gar häufig die vor Allem nöthige Ruhe und Ordnung, also der Zweck, wozu Alle vereinigt sind, von Rechts wegen gefährdet werden. Die meisten Staatshandlungen sind nun aber von einer solchen Beschaffenheit, daß der gewöhnliche Bürger deren Gründe nicht zu würdigen weiß. Wollte man diesem gestatten, sein unzuverlässiges Urtheil dem competenten Urtheile der Obrigkeit auf die Gefahr einer künftigen Untersuchung hin entgegenzustellen, so würden selbst vollkommen gesetzmäßige und gemeinnützige Handlungen der Staatsgewalt Gefahr laufen, an dem Widerstande Einzelner, die sich in ihren Rechten gekränkt halten, zu scheitern. Das Recht des Widerstandes kann also schon aus diesem Grunde nicht unbedingt zugegeben werden[2]). Aber nicht blos eine oberflächliche politische Betrachtung führt zu der nothwendigen Beschränkung des Widerstandsrechts der Unterthanen, sondern auch die allgemeinen Grundsätze von der Nothwehr, wie sie in der Praxis gehandhabt

---

1) Württembergisches Staatsrecht, §. 66.

2) Reyscher, Publicistische Versuche, S. 285.

werden. Hiernach wird es allerdings für erlaubt gehalten, unerlaubte Angriffe auf Personen und Güter, zu deren Abwendung die Aufforderung obrigkeitlicher Hülfe unmöglich oder unzureichend ist, durch Privatgewalt abzuwenden; aber die Anwendung der letzteren in anderen Fällen, namentlich dann, wenn sie zur Vertheidigung nicht nothwendig ist (weil noch ein leichteres Mittel zu Gebot steht), wird nicht entschuldigt, sondern bestraft. Ebenso wird zur Begründung des äußersten Rechts der Nothwehr von Manchen gefordert, daß die Gewalt angewandt werde zur Erhaltung eines ersetzlichen oder wenigstens leicht wieder erbringlichen Guts [1]); während allerdings die Meisten keinen Unterschied machen, und annehmen, daß es auf den Inhalt des angegriffenen Rechts nicht ankomme, und insbesondere auch zum Schutze des Eigenthums die Nothwehr zulässig sei [2]).

Die Praxis des württembergischen Obertribunals hat jene Limitation der Privat-Nothwehr angewandt auf das Recht des Staatsbürgers zum Widerstande, und erkennt ein solches Recht nur in den beiden Fällen an, wenn der verlangte Gehorsam entweder ein unzweifelhaftes Verbrechen involviren oder einen großen unersetzlichen Schaden für denselben zur Folge haben würde [3]).

Allein selbst mit dieser Beschränkung wird man das Recht zum Widerstande gegen die Obrigkeit mit Rücksicht auf den Staatszweck, welchem ja auch in sonstigen Fällen Privatrechte zu opfern sind, nicht zugeben können. So bedroht z. B. ein auf ungenügenden Verdacht hin ergangener Verhaftbefehl des Richters ein unersetzliches Gut, die Freiheit, und doch muß man annehmen, daß in einem Falle, wo auf Seiten des Bürgers so leicht Täuschung möglich, ein Verzug in Vollziehung des obrigkeitlichen Befehls aber unzulässig, dem Einzelnen Widerstand nicht gestattet sein könne [4]), daß also derselbe, wofern er sich widersetzt, schon darum strafbar sei, weil er sich widersetzt, wenn gleich als mildernd das obrigkeitliche Versehen allerdings in Betracht kommen wird.

1) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts. 12te Ausgabe von Mittermaier. Gießen 1836, §. 38. — Entwurf eines hannöverschen Strafgesetzbuchs, Art. 92 (verbesserter Entwurf Art. 90).

2) Wächter, Strafrecht, Theil I, S. 88, wo auch weitere Literatur.

3) Knapp, Württemb. Criminalrecht, II, S. 204.

4) Reyscher, a. a. O., S. 286.

Ueberhaupt ist das Verhältniß der Unterthanen zur Staatsgewalt ein anderes, als das der Einzelnen unter sich. Indem der Einzelne der Staatsgewalt sich unterwirft, untergiebt er sich zugleich den Anordnungen dieser Gewalt, ohne sich eine besondere Prüfung oder Genehmhaltung derselben von seinem Standpunkte aus vorzubehalten. Richtig sagt daher Feuerbach [1]):

„Sollte erst das Urtheil der Unterthanen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der auf die Wahl der Mittel zum Staatszweck gerichteten Willensbestimmungen des Oberherrn entscheiden, so wären die Unterthanen über dem Oberherrn, und es wäre kein Wille vorhanden, welcher die geforderte Einheit in den Willensbestimmungen der einzelnen Gesellschaftsglieder bewirken könnte." — „Wollen demungeachtet dieselben sich seinen Befehlen und Verfügungen entziehen, oder gar mit Gewalt der Waffen sich denselben entgegensetzen, so handeln sie als Beleidiger der höchsten Gewalt, als Rebellen gegen den Unterwerfungs-Vertrag und dürfen wie Rebellen gestraft und gezüchtigt werden."

Hieraus folgt, daß, wofern nur nicht gegen die Verfassung oder offenbare Gesetze, wodurch die regierende Macht selbst ihre Bestimmung erhält, gehandelt worden, der einzelne Unterthan jene Macht nicht in ihrer Wirksamkeit aufhalten oder ihr den Gehorsam weigern darf, daß aber der Regent, wenn er den in der Verfassung und in bestimmten Gesetzen des Staats übernommenen Verbindlichkeiten entgegenhandelt, in Beziehung auf diejenige Handlung, wodurch er diese Verletzung begeht, aufhört Regent zu sein, wenn er gleich bei anderen rechtmäßigen Handlungen wieder als Oberhaupt des Staats anerkannt und geachtet werden muß [2]). Unter den Begriff einer Gesetzesverletzung fällt zwar auch eine Gesetzesüberschreitung durch die Regierung; denn auch, wenn das Organ der Gesetzesvollziehung die ihr vorgezeichnete Grenzlinie nicht einhält, handelt sie gegen das Gesetz; nur wird man, da andererseits der vollziehenden Gewalt möglichst freier Spielraum zu lassen ist und ihre Hand-

1) Anti-Hobbes, S. 56. 58.

2) Vgl. Feuerbach, a. a. O., S. 92 f. — Voß, Handbuch der allgem. Staatswissenschaft, Th. I, S. 478.

lungen nicht von dem subjectiven Urtheile einzelner Betheiligten abhängig gemacht werden dürfen, zweifelhafte Gesetzes-Uebertretungen, insbesondere bloße Fehler in dem ihr eigenthümlichen Geschäfte der Subsumtion unter das Gesetz, nicht als Motive des Widerstandes gelten lassen dürfen.

Und selbst bei klaren Verfassungs- und Gesetzesverletzungen ist die Vertheidigung der eben dadurch verletzten Rechte des Staats unter Repräsentativeinrichtungen zunächst der dafür vorhandenenen Volksrepräsentation, der Ständeversammlung, zu überlassen, und erst, wenn diese nichts ausrichtet, oder in Unthätigkeit versetzt ist, oder wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, erwacht in dem Einzelnen wieder das Recht zur Selbstvertheidigung, das er aber jederzeit nur in den Grenzen der Nothwehr (moderamen inculpatae tutelae) ausüben darf.

Dasselbe Recht der Selbsthülfe, welches die Einzelnen haben, kommt auch den Körperschaften zu [1]).

Mit all' diesem stimmt das positive Strafrecht überein. Gemeinrechtlich wird zum Begriffe des strafbaren Ungehorsams und der Widersetzung gegen die Obrigkeit wesentlich gefordert, daß die obrigkeitliche Anordnung, welcher man sich widersetzt, für den Widersetzenden verpflichtend, folglich wenigstens formell rechtmäßig gewesen sei [2]).

Andere beschränken zwar den Begriff der Widersetzung nicht auf diese Weise; allein auch sie geben zu, daß der Ungehorsam unter Umständen rechtlich sei: wenn nämlich der obrigkeitliche Befehl ein offenbares Unrecht enthalte [3]).

Ebenso der jetzt verabschiedete Entwurf eines württembergischen Strafgesetzbuchs, welcher zwar in der Ungesetzlichkeit der vorausgegangenen obrigkeitlichen Verfügung nur einen Milderungs-, keinen Straf-Aufhebungs-Grund findet [4]), gleichwohl aber, wie aus den gedruckten Motiven hervorgeht, die Fälle der Nothwehr ent-

1) Voß, a. a. O., S. 508. 513.
2) Klein, Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 516.
3) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 254. 256. — Gönner, Rechtsfälle, Bd. I, S. 458. 464. 471.
4) Der frühere Entwurf hatte letzteren bei offenbarer Ungesetzlichkeit angenommen.

schuldigt, wie namentlich, wenn eine obrigkeitliche Person sich soweit vergessen sollte, daß sie einem Untergebenen durch eine ungerechte Verfügung einen unersetzlichen moralischen oder physischen Schaden zufügen würde[1]). Welcher Schaden unersetzlich sei, kann freilich im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Indessen erkennt sowohl der württembergische[2]), als der hannöversche Entwurf eines Strafgesetzbuches[3]) ausdrücklich an, daß auch Gewaltthaten, welche auf Beschädigung, Hinwegnahme oder Vernichtung des liegenden oder beweglichen Eigenthumsrechts gerichtet sind, unter Umständen ebenso sehr zur Nothwehr berechtigen können, als andere, mit Gefahr für Leben, Gesundheit, Freiheit oder Ehre verbundene Angriffe auf die Person selbst[4]).

Hiernach möchte das Recht des Widerstandes auf folgende Weise zu beschränken sein:

1) dasselbe findet nur statt im Falle einer Verletzung der Verfassung oder einer sonstigen offenbaren Gesetzes-Uebertretung von Seite der Staatsgewalt oder einer in ihrem Auftrage handelnden Behörde; aber auch in diesem Falle nur dann, wenn dadurch

2) ein unersetzliches oder doch wahrscheinlich unwiderbringliches Recht für den Widerstehenden bedroht oder angegriffen wird. Dieß ist auch der Fall, wenn dem Unterthan eine rechtlich oder moralisch unerlaubte Handlung zur Pflicht gemacht wird. Endlich wird vorausgesetzt,

3) daß der Bedrohte oder Angegriffene durch ein anderes Mittel, z. B. Beschwerde bei der höheren Behörde, sich in seinem Rechte nicht zu schützen vermöge.

Unter diesen Voraussetzungen muß aber nach allgemeinen Grundsätzen ebensowohl thätiger Widerstand, als bloßer Ungehorsam dem Betheiligten gestattet sein, falls nämlich letzterer allein

---

1) Entwurf des württemb. Strafgesetzbuches, Art. 163. — Motive der Regierung, S. 151.

2) Art. 96 und 97.

3) Verbesserter Entwurf, Art. 90.

4) Vergl. Bauer, Anmerkungen zu dem hannöverschen Entwurfe, I. S. 538.

zum Schutze nicht ausreichen sollte, wie namentlich, wenn die gesetzwidrig auferlegte Handlung mit Gewalt von der Obrigkeit erzwungen werden sollte, durch Abwehrung dieser Gewalt. Gleichwie aber der Widerstand überhaupt nur in dem äußersten Falle als ein Nothübel gestattet ist, so hat auch der Unterthan, wenn er in diesen extremen Fall versetzt wird, immer das sanftere Mittel vorzuziehen, und er überschreitet die Grenzen des erlaubten Widerstandes, wenn er der rechtmäßigen Staatsgewalt da, wo sie ihm ein Unrecht zufügt, statt bloßen negativen Ungehorsams ohne Noth positive Gewalt entgegensetzt, oder wenn er wegen eines an sich und unter den concreten Umständen leicht wieder erbringlichen Guts, das ihm die Obrigkeit nehmen will, alsbald und ehe noch von der Obrigkeit selbst Gewalt hiezu angewandt worden, angreifend zu Werke geht und dadurch unersetzliche Güter Anderer, und jedenfalls den Frieden und die Ordnung in der Gemeinde in Gefahr bringt.

B. Anwendung auf die gegenwärtigen Verhältnisse in Hannover.

Das Grundgesetz vom Jahr 1833 besteht, wie wir gesehen haben, rechtlich noch in voller Kraft. Daraus folgt aber zunächst, daß die Behörden des Königreichs Hannover nach wie vor dasselbe zu beachten haben, und daß sie durch eine Handlung, welche die Vernichtung des grundgesetzlichen Zustandes zum Zwecke hat, sich großer Verantwortung aussetzen würden. Eine solche Handlung könnte nach dem gemeinen Strafrechte und insbesondere nach dem hannöverschen Entwurf eines Strafgesetzbuches (Art. 137) selbst unter den Begriff des Hochverraths fallen; denn einem Angriffe auf die persönliche Sicherheit des Staats-Oberhaupts oder auf die Selbstständigkeit des Staats wird hier, wie anderwärts, gleichgestellt ein Angriff auf die Verfassung des Staats, sei es daß solche ganz oder in einzelnen Bestimmungen durch gewaltsame Mittel geändert werden wollte. Das Verbrechen des Hochverraths aber ist nach dem hannöverschen Entwurfe, womit auch das bisherige Recht übereinstimmt, mit geschärfter Todesstrafe zu ahnden. Ja schon eine Herabwürdigung der Staatsverfassung, sei sie mündlich vor einer Volksmenge, oder schriftlich mittelst Verbreitung

gedruckter Aufsätze in böslicher Absicht erfolgt, soll nach dem Entwurfe (Art. 156) mit geschärftem Gefängnisse von 2 bis 3 Monaten, oder, wenn der Thäter ein Staatsbeamter ist, mit Dienstentlassung oder Dienstentsetzung bestraft werden.

Einzelne Unterthanen Sr. Majestät begehen aber ohne Zweifel keinen Hochverrath, wenn sie das von Höchstdenselben wiederhergestellte Patent v. J. 1819 als nicht bestehend betrachten; denn darin haben sie nach dem Ausgeführten vollkommen Recht; wohl aber würden sie jenes Verbrechens sich alsdann schuldig machen, wenn sie eine dem Grundgesetze feindliche Ueberzeugung, sei es mit oder ohne den Monarchen, durchzusetzen suchen sollten.

Die eigentliche Frage ist übrigens diese: können die Unterthanen des Königreichs Hannover den schon oben ausgeführten Maßregeln zur Ausführung des Patents v. J. 1819, oder eines anderen, nicht grundgesetzlichen Zustandes, mit Fug sich entziehen?

Oder ist eine Obrigkeit in jenem Königreiche berechtigt, Maßregeln jener Art mit ihrem Ansehen, ihrer Hülfe, nöthigenfalls sogar mit Gewalt zu unterstützen?

Es scheint allerdings, daß die beiden Theile dieser Frage zusammenfallen; denn wenn die Unterthanen das Recht haben, jenen Maßnahmen zu widersprechen, so kann deren Obrigkeit nicht befugt oder verpflichtet sein, sie denselben zu unterwerfen; vielmehr würde sie, wenn sie solches gleichwohl thäte, etwas Unerlaubtes beginnen, also in demselben Maße pflichtwidrig handeln, in welchem die Unterthanen in ihrem Rechte sind. Umgekehrt aber, wenn diese ein Recht des Widerspruchs haben, darf man wohl annehmen, daß die ihnen vorgesetzte Obrigkeit zum Mindesten keine Veranlassung zur Ausübung desselben geben dürfe.

Allein näher betrachtet ist dieses Correlat doch nicht vollständig begründet. Nur der zuletzt angeführte Satz steht fest. Nach den oben ausgeführten Grundsätzen ist es nämlich allerdings denkbar, daß die Befehle Sr. Majestät des Königs oder der von Denselben aufgestellten Staatsbehörden von den Unterthanen respectirt werden müssen, obgleich sie bei genauerer Untersuchung sich nicht als in den Rechten begründet ergeben, und in diesem Falle wäre sowohl eine Obrigkeit im Königreiche Hannover als die dortige Einwohnerschaft im Unrecht, falls sie denselben entgegenhandelten, unerachtet die befohlenen Maßnahmen nicht als rechtmäßig können be-

zeichnet werden. Ein solcher Fall wäre z. B. vorhanden, wenn Se. Majestät frühere Privilegien einzelner Stände oder Landschaften (z. B. Ostfrieslands) hinsichtlich der Besteuerung nicht anerkennen wollten, unter Berufung darauf, daß solche seit langer Zeit außer Uebung gekommen, während die früheren Privilegirten behaupten würden, daß dieselben in Folge der Aufhebung des Grundgesetzes von selbst wieder aufgelebt seien. Hier würden Se. Majestät, obgleich die Einrede aus dem Grundgesetze Ihnen wohl nicht zukäme, allerdings befehlen können, daß auf jene Privilegien zunächst keine Rücksicht genommen werde, weil dieselben durch den Verlauf der Zeit und andere Gestaltung der Dinge jedenfalls zweifelhaft geworden sind.

Allein anders verhält es sich in dem Falle, worüber hier zu reden ist. Hier handelt es sich von einer offenbaren Verfassungs-Verletzung.

Zunächst könnte es scheinen, als ob ein Recht des Widerstandes schon darum begründet sei, weil Se. Majestät der König nicht in der verfassungsmäßigen Weise die Landesregierung angetreten haben. In dem Grundgesetze §. 13 heißt es diesfalls:

„Der König wird den Antritt seiner Regierung durch ein Patent zur öffentlichen Kunde bringen, worauf nach den von Ihm für das ganze Land gleichmäßig zu ertheilenden Vorschriften die Huldigung erfolgt."

„Im Patente, welches in Urschrift unter des Königs Hand und Siegel demnächst im ständischen Archive niederzulegen ist, versichert der König bei Seinem Königl. Worte die unverbrüchliche Festhaltung der Landesverfassung."

Nun ist bekanntlich ein derartiges Patent von Sr. Majestät nicht ausgestellt worden; vielmehr haben Höchstdieselben Ihren Regierungsantritt damit eröffnet, daß die Ständeversammlung von Ihnen vertagt und die formelle und materielle Unverbindlichkeit des Grundgesetzes in dem Patente vom 5. Juli 1837 behauptet wurde.

Nach der Vertragstheorie, welche in Ablegung des Regierungseides, als dem förmlichen Beitritte zum Staatsvertrage, eine wesentliche Bedingung des Regierungserwerbs findet *), würde

*) R. Mohl, Württemberg. Staatsrecht, §. 27. — Fr. Murrhard, Die kurhessische Verfassungs-Urkunde, 1. Abth., S. 158.

Se. Majestät allerdings noch gar nicht als zur Regierung gelangt zu betrachten sein und eben daher jede Handlung, welche Dieselben in Regenten-Eigenschaft vorgenommen haben, und vor Allem das Patent vom 1. Nov. 1837, wodurch das Grundgesetz aufgehoben worden, sowie die Verfügungen vom 29. Juni und 30. Octbr. desselben Jahres, wodurch die allgemeinen Stände vertagt, beziehungsweise aufgelöst wurden, schon darum nicht als zu Recht bestehend angesehen werden können, weil sie nicht von dem rechtmäßigen Oberhaupt ausgegangen. Ein Widerstand, welcher Höchstdenselben entgegengesetzt werden wollte, würde somit als Privat-Nothwehr gegen einen rechtswidrigen Zwischenherrscher erscheinen und nicht nur eine Obrigkeit im Königreiche Hannover den Befehlen Sr. Majestät in keiner Weise zu gehorchen die Pflicht haben, sondern es müßte sogar nach den angeführten Schriftstellern die Weigerung Sr. Majestät, die gedachte Erklärung zu geben, als Verzicht auf den Thron und folgeweise als unbefugte Regierungsanmaßung und Hochverrath erklärt werden.

Indessen die Vertragstheorie ist, namentlich in dieser Anwendung, sehr bestritten, indem behauptet wird, daß die erbmonarchische Regierung ipso jure, also unabhängig von einem förmlichen Regierungsantritte, erworben werde *), und so wenig sich auch behaupten läßt, daß das Erbschaftsrecht des Regenten ex pacto et providentia majorum mit der Nothwendigkeit einer Erklärung der angeführten Art als einer conditio sine qua non im Widerspruch stehe, da schon die alten Haus- und Landesgesetze dergleichen verlangen, so möchte doch gerade, weil die Frage bestritten ist, ein Widerstandsrecht nicht sowohl aus dem Mangel der Anerkennung, als vielmehr aus der ausgesprochenen Vernichtung des Grundgesetzes herzuleiten sein.

Wenn wir nämlich auch von der sogenannten Vertragstheorie absehen und einzig und allein auf die Erbenqualität das Recht des Nachfolgers zur Regierung gründen, so folgt daraus noch keineswegs, daß dieser Nachfolger an die von seinem Vorgänger gegründete Verfassung des Staats nicht gebunden sei; vielmehr besteht diese Verpflichtung unabhängig von irgend einer Formalität des Regierungs-

*) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 246. — Maurenbrecher, Deutsch. Staatsrecht, §. 242. — Weiß, System des öffentl. Rechts des Großherzogthums Hessen, I. S. 218.

antritts von selbst. Ist nun aber Se. Majestät verpflichtet, das Grundgesetz anzuerkennen, und Sie handeln dieser Verpflichtung entgegen, so entsteht hierdurch das Recht der Stände und Unterthanen, sich im Besitze der angegriffenen Rechte zu schützen und dies um so mehr, als solche auf dem Fundamentalgesetze des Staates beruhen. Jeder Staat nämlich, sei er nun Patrimonialstaat oder sogenannter Rechtsstaat wird gebildet (constituirt) durch seine Verfassung, d. h. durch die Summe von Rechten und Pflichten, welche von Regierung und Volk gegenseitig übernommen worden, wobei es übrigens nicht darauf ankommt, ob diese Verfassung nur herkömmlich anerkannt oder in einer schriftlichen Urkunde niedergeschrieben ist. Wird nun aber diese Verfassung von dem einen oder anderen Theile aufgehoben, so ist ebendamit der Staat selbst vernichtet, und es kann dem anderen Theile nicht zugemuthet werden, seiner Seits allein verpflichtet zu bleiben oder zu erfüllen, während der andere Theil in seiner Erfüllung nicht nur säumig ist, sondern geradezu die Quelle jeder gegenseitigen Verpflichtung in Abrede zieht. Durch Aufhebung des Grundgesetzes haben sonach streng genommen Se. Majestät Ihre Unterthanen aller Pflichten gegen Dieselben entbunden, und es besteht für diese auch die Verpflichtung des Gehorsams nicht mehr. Vielmehr ist es, wenn auch unter Umständen traurige, Pflicht der Gegenwart, dieses Gesetz, als die Quelle des Glücks, der Ruhe und Zufriedenheit eines ganzen Volks und der zur Regierung desselben bestimmten Regentenfamilie der Zukunft zu erhalten und nicht über einmal zusammensinken zu lassen.

Was Mohl *) über ähnliche Fälle bemerkt, wird, wie wir hoffen, niemals auf Hannover Anwendung finden.

„Allerdings" — heißt es hier — „gibt es einzelne Fälle, in welchen ein gewaltsamer Widerstand gegen Staatsmaßregeln erlaubt und selbst rechtlich und sittlich geboten ist. Wenn die Inhaber der Staatsgewalt die von ihnen zu schützenden Rechte Einzelner oder Aller beharrlich mit Füßen treten, die zu fördernden Interessen nicht nur vernachlässigen, sondern ihnen sogar schaden; wenn sie aus ihrer gesetzlichen Stellung ganz heraustreten, nur auf Gewalt vertrauend; wenn mit einem Worte

*) System der Präventiv-Justiz oder Rechtspolizei. Tüb. 1834. S. 126. Note.

der Angriff auf die Staatsverfassung und die gesetzlichen Rechte der Bürger von ihnen ausgeht: dann wird Gehorsam zum Verbrechen, Widerstand zur Rechtspflicht. Der Bürger in einem Rechtsstaate ist nur verfassungsmäßigen Gehorsam schuldig, und sind die ruhigen gesetzlichen Mittel gegen Unrecht erschöpft, oder von der Gewalt verschlossen, so mag er auch, allein oder gemeinschaftlich mit andern ebenfalls Bedrohten, zum offenen Widerstand schreiten, wenn er einen Erfolg für möglich hält, oder Verzweiflung ihm nur diesen Ausweg läßt. Es ist ein furchtbarer, aber kein unrechtlicher Zustand, und die Nothwendigkeit, dieses Recht zur Anwendung zu bringen, kann unter allen Formen der Regierung vorkommen."

Wie gesagt, wir hoffen nicht, daß die künftigen Entwicklungen der Verfassungsfrage in Hannover jemals solche äußerste Schritte rechtfertigen werden; aber es scheint nicht überflüssig zu sein, die Räthe Sr. Majestät an die große Verantwortung zu erinnern, welche sie durch weitere extreme Maßregeln auf sich laden würden.

Die eben angeführte freimüthige Aeußerung, deren Wahrheit in einem constitutionellen Staate nicht bezweifelt werden sollte, ist indeß nicht blos Lehrmeinung einzelner Schriftsteller, sondern sie hat auch Beispiele aus älterer und neuerer Zeit für sich, wo Kaiser und Reich, souveraine Regierungen und eine hohe Bundesversammlung die Anwendung derselben gebilligt haben [1]. Hierbei darf übrigens nicht vergessen werden, daß jeder Widerstand der Bürger gegen den ihnen bestimmten Herrscher darum ein öffentliches Unglück ist, weil im Gedränge desselben gar leicht wirkliches Unrecht verübt wird, oder, mit andern Worten, weil Excesse der Nothwehr bei jenem Widerstande nicht leicht vermeidlich sind. Obschon daher ein Fürst aufhört, der Repräsentant des Staats zu sein, wenn er dessen Verfassung zerstört oder mit ganzer Macht den Untergang desselben befördert [2], so darf doch ein Volk so wenig als ein Einzelner, im Falle bedrohter

1) Klüber, a. a. O., S. 255, Note d. — L. Hoffmann, Die staatsbürgerlichen Garantien, oder die wirksamsten Mittel, Throne gegen Empörungen und die Bürger in ihren Rechten zu sichern. Lpz. 1830. Bd. II. Cap. 1.

2) v. Kamptz, a. a. O., S. 217.

oder verletzter Rechte sogleich zur äußersten Wehr sich setzen, sondern es hat, wenn dies nur immer möglich ist, erst eine friedliche Ausgleichung zu versuchen, um der öffentlichen Ordnung und um der sittlichen Bestimmung des Staates willen. Daher haben auch auswärtige Regierungen, welche der Vernichtung des obrigkeitlichen Ansehens, gehe sie aus sittlicher Verderbniß der Unterthanen oder der Regierung hervor, nirgends gleichgültig zusehen können, den Gebrauch der Gegenwehr von Seite eines unterdrückten Volks meist nur ungern gesehen; und selbst unter den gegenwärtigen Verhältnissen in dem Königreiche Hannover, so sehr die Gerechtigkeit eine Abhülfe verlangt und so sehr die Souveraine Deutschlands selbst dabei betheiligt sind, daß Gründe, wie sie Se. Majestät, der gegenwärtige König, wider das Grundgesetz geltend gemacht haben, nicht positiv werden, ist eine Unterstützung von Seite des hohen deutschen Bundes für einen thätigen Widerstand gegen die verfassungswidrigen Maßregeln Sr. Majestät nicht zu erwarten.

C. Von dem Rechte der Steuerverweigerung.

Aber es handelt sich auch in dem jetzigen Augenblicke so wenig als seither von positiver Gegenwehr zum Schutze der gefährdeten Verfassung, sondern blos von einem passiven Widerstande, von einem Weigerungsrechte, welches selbst diejenigen zugeben müssen, die sonst ein Recht des Widerstandes gegen die Obrigkeit nicht einräumen. Die Beschränkung, welche Maurenbrecher *) beifügt: falls nämlich der Regent wider Vernunft und Staatszweck Handlungen gebieten sollte, läßt freilich, je nachdem man den Staatszweck setzt und dabei die mehr oder minder entfernten Bedingungen desselben mit hereinzieht, vielfache Deutungen zu. Indessen wird man mit dem Staatszwecke jedenfalls als nächstes Mittel hierzu die Aufrechthaltung der Verfassung für nöthig halten müssen und, sofern also im Widerspruche mit der Verfassung etwas befohlen wird, auch im Sinne der eben bemerkten Ansicht dem Unterthanen gestatten müssen, den Gehorsam zu verweigern, und, wenn sofort zur Erzwingung der nicht schuldigen Handlung von Seite der Behörde Gewalt angewandt werden sollte, unter Abwehrung dieser Gewalt auf seinem Weigerungsrechte zu beharren.

*) Staatsrecht, §§. 54. 56.

Hierher gehört nun insbesondere auch das Steuer-Verweigerungsrecht für den Fall, daß eine Regierung die verfassungsmäßige Bahn überhaupt verlassen oder nicht gesetzlich verabschiedete Abgaben einfordern sollte. Nach dem vormaligen Reichsrechte konnte dasselbe in diesen Fällen nicht bestritten werden, denn nicht nur hing die Steuerverwilligung, mit wenigen Ausnahmen, lediglich von dem guten Willen der Stände ab, sondern es wurde auch diese Verwilligung ganz gewöhnlich von Erfüllung einzelner ständischer Wünsche, namentlich Abstellung von Landesbeschwerden, Anerkennung ständischer Rechte, abhängig gemacht. Daher heißt es in der reichshofräthlichen Erläuterung des württembergischen Erbvergleichs v. J. 1770, Th. I, §. 3:

> „Kein Reichsstand kann von seinen Unterthanen einen andern als reichsverfassungsmäßigen Gehorsam fordern und, wo Compactata vorhanden, ist Er so gut als die Unterthanen daran gebunden, kann ihnen mithin wider ihren Willen gegen dieselben nichts zumuthen oder befehlen" [1]).

Zwar werden in den neueren Verfassungen die Stände verpflichtet gehalten, die nöthigen Steuern zu bewilligen, und es soll diese Bewilligung an keine Bedingung geknüpft werden, die nicht das Wesen oder die Verwendung der Steuer unmittelbar trifft [2]). Insbesondere bestimmt dies das hannöversche Grundgesetz §. 140 und 145. Allein daraus folgt nicht, daß die Regierung auch für sich, unabhängig von ständischem Zuthun, Steuern auszuschreiben berechtigt sei, oder daß sie, statt durch die zuständige Ständeversammlung, durch einen Andern das Budget prüfen und die Steuern ver-

---

1) Paulus, Haupturkunden der württemb. Landes-Grundverfassung, 2. Abth., S. 37. 108.

2) Die Frage: inwiefern den (competenten) Ständen ein Steuerverweigerungsrecht zukomme? welche von P. Pfizer (Das Recht der Steuerverwilligung. Stuttg. 1836) und einem Ungenannten (Ueber den Umfang und die Grenzen des ständischen Steuerverwilligungsrechts. Stuttg. 1836) verschieden beantwortet wird, können wir hier füglich zur Seite lassen. Nur ist zu bemerken, daß eine Einrede aus der obigen Bestimmung des Grundgesetzes dem königl. Cabinet nur unter der Voraussetzung zukommen dürfte, daß das Grundgesetz selbst von ihm würde anerkannt werden.

willigen lassen darf. Bis jetzt ist auch nicht einmal ein Versuch gemacht worden, von den verfassungsmäßigen Ständen den erforderlichen Consens zu verlangen; es fehlt also durchaus an dem, was das Grundgesetz bei jeder Steuerforderung vorhersetzt; folglich ist diese Forderung unbegründet und verfassungswidrig.

Auch das Bundesrecht ist dieser Ansicht nicht entgegen; denn wenn nach Art. 57 und 58 der wiener Schlußacte der Souverain durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden und insbesondere nicht in der Erfüllung seiner bundesmäßigen Pflichten gehindert oder beschränkt werden soll, und wenn hieraus in dem Bundesbeschlusse vom 28. Juni 1832 gefolgert wird, daß wenn ständische Versammlungen die Bewilligung der zur Führung der Regierung erforderlichen Steuern auf eine mittelbare oder unmittelbare Weise durch die Durchsetzung anderweiter Wünsche und Anträge bedingen wollten, dies unter die Fälle von Widersetzlichkeit der Unterthanen zu zählen sei, in welchen die Bundesversammlung nach Art. 25 und 26 der Schlußacte unter Umständen einzuschreiten berufen ist: so setzen auch diese Bestimmungen voraus, daß die competente Ständeversammlung zunächst wenigstens um die erforderlichen Mittel angegangen, nicht aber daß dieselbe, bevor ihr noch das Ansinnen gestellt, von der Regierung aufgelöst sei.

Wohl kann auch die Steuerverweigerung durch die Unterthanen zu inneren Friedensstörungen führen, welche die Schlußacte vorgesehen hat; allein wenn jene Weigerung eine rechtmäßige, durch bundes- und verfassungswidrige Willkür der Regierung hervorgerufene ist, so kann nur diese darum angesehen werden, deren Aufgabe es ist, die öffentliche Ruhe zu erhalten, nicht aber sie mittelbar oder unmittelbar selbst zu stören.

Zwar hat die von Sr. Königl. Majestät scheinbar nach dem Patente v. J. 1819 eingerufene Versammlung das Budget von 1837 bis 1838 auf Ein Jahr in folle prorogirt, mithin die Steuern bis zum 1. Juli 1839 bewilligt, und es ist hiernach unter dem 9. Juni 1838 das Steuerausschreiben unter Beziehung auf diese Bewilligung erfolgt. Allein da jene Versammlung eine verfassungswidrige war, und zuletzt selbst erklärte: daß keine ihrer Handlungen rechtlich Gültiges zu bewirken im Stande sei, „daß vielmehr dazu die Zustimmung einer auf die vor dem Regierungsan-

tritte Sr. Majestät rechtmäßig bestandene Verfassung gegründeten und in Gemäßheit derselben berufenen und componirten Ständeversammlung erforderlich sei:" so kann jene Prorogation nicht als eine verbindliche angesehen werden, und es ist somit jede Steuer, welche seit Ablauf des Finanzjahrs $18^{37}/_{38}$ erhoben worden, als eine nicht verwilligte und daher nicht verfassungsmäßige anzusehen. Auch der §. 146 des Grundgesetzes kann hieran nichts ändern, denn dieser bezieht sich nur auf eine stillschweigende oder gesetzliche Steuerverlängerung für den Fall, daß bei Auflösung einer Ständeversammlung die erforderliche Bewilligung noch nicht erfolgt sein sollte; in diesem Falle hat die Regierung das Recht, die bestehenden Abgaben, soweit sie nicht zu einem vorübergegangenen Zweck ausgeschrieben waren, noch 6 Monate nach Ablauf der letzten Bewilligungszeit fortzuerheben. Hätte mit Rücksicht auf diese Bestimmung die Steuer noch nach dem 1. Jul. 1838 forterhoben werden wollen, so wäre in dem Steuerausschreiben vom 9. Juni 1838, wie das Grundgesetz vorschreibt, ausdrücklich darauf Bezug zu nehmen gewesen, was aber nicht geschehen ist und nicht geschehen konnte, da, wenn Se. Majestät das ganze Grundgesetz für nicht bestehend erklärt haben, Sie nicht wohl aus jenem einzigen §. ein Recht geltend machen können. Jedenfalls können aber auch nach jenem §. vom 1. Jan. 1839 an, wo die halbjährige Frist abgelaufen, die Steuern nicht mehr gefordert werden, bevor eine grundgesetzliche Ständeversammlung dieselben bewilligt hat.

Sollte daher auch nicht schon ein Widerstandsrecht des gesammten Volks zum Schutze seiner Verfassung überhaupt gegründet sein, so müßte dasselbe doch um so gewisser in der Form eines Steuerverweigerungsrechts angenommen werden; denn hier handelt es sich von Nichtanerkennung einer Forderung, welche die Unterthanen schon aus dem Grunde bestreiten dürfen, weil sie nicht den besonderen verfassungsmäßigen Voraussetzungen gemäß ist. Wohl darf eine rechtmäßige Steuer von den Unterthanen niemals verweigert werden; allein wofern die geforderte Abgabe nicht rechtmäßig, keine Steuer im rechtlichen Sinne ist, erscheint die Verweigerung derselben nicht allein als Nothwehr zum Schutze des verfassungsmäßigen Rechts der Steuerbewilligung (welche Nothwehr dem Einzelnen wie dem Ganzen zukommt, da dieses gewisse Rechte nur ausübt für die Einzelnen), sondern auch als überall erlaubte verweigerte Erfüllung

einer derzeit rechtlich noch nicht begründeten Obligation. Wie nämlich der Verzug der Zahlung (mora solvendi) voraussetzt eine wirkliche Verschuldung in Erfüllung einer vollkommen begründeten Verbindlichkeit, so der Verzug der Steuerzahlung insbesondere eine vorangegangene (verfassungsmäßige) Steuerbewilligung, welche in Hannover seit 1837 nicht mehr erfolgt, sondern einzig und allein darum unterblieben ist, weil die königl. Regierung die ordentlichen Stände einzuberufen versäumt hat. Die Schuld ist also nicht auf Seite der hannöverschen Unterthanen, wenn sie nicht zahlen, sondern auf Seite der königl. Regierung, welche daher auch alle daraus erwachsenden unangenehmen Folgen nur sich selbst wird zur Last legen können.

Zwar werden durch die Steuerforderung nur Vermögensrechte, also an sich ersetzbare Rechte, in Anspruch genommen; allein wenn, wie wir gesehen haben, auch ein Angriff auf wahrscheinlich unerbringliche, wenn schon an sich ersetzbare, Rechtsobjecte zur Nothwehr und zum Widerstande berechtigt, so können wir dieß unter den obwaltenden Umständen bei den Steuer-Contribuenten Hannovers um so gewisser annehmen, als die Erfahrung seit Aufhebung des Grundgesetzes gezeigt hat, wie schwer es ist, mit dem offenbarsten Rechte gegen einen factischen Regierungszustand aufzukommen, und wie wenig also Aussicht vorhanden, eine nicht schuldige Abgabe aus dem königlichen Schatze zurückzuerhalten, der jetzt ohne alle öffentliche Controle gelassen ist. Uebrigens ist es nicht allein der größere oder kleinere Steuerbeitrag, welcher hier in die Waagschale kommt, sondern auch das in gewisser Hinsicht allerdings unersetzbare Recht der Steuerverwilligung, das nur in bestimmten Formen ausgeübt Werth hat, in diesen Formen aber nun eben von der gegenwärtigen Regierung nicht anerkannt ist.

§. 2. Von dem besonderen Gehorsam der öffentlichen Diener.

Wenn das Staatsdienstverhältniß, wie jetzt allgemein zugegeben wird *), ein freiwilliges ist, so kann nur Vertrag als Entstehungsgrund desselben gedacht werden, wobei die Regierung

*) Heffter, Beiträge zum Staats- und Fürstenrechte, I. S. 131. — Maurenbrecher, Staatsrecht, §. 161. — Buddeus in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I. S. 745.

die Stelle anbietet, der zu Bedienstende sie annimmt, oder umgekehrt der Candidat seine Dienste offerirt und der Staat sie acceptirt. Daraus folgt aber nicht, daß der Staatsdienst selbst privatrechtlicher Natur sei; denn auch die Staatsverfassung kann auf einem Vertrage beruhen, und doch gehört sie dem öffentlichen Rechte an. Da die Rechte, welche der Staatsdiener im Namen des Regenten ausübt, keine Privat-, sondern Hoheitsrechte sind, so können dieselben nur aus der Verfassung und den Gesetzen des Staats beurtheilt werden. Ebenso die Pflichten des Staatsdieners, namentlich die Pflicht des Gehorsams (Dienst-Gehorsams). Auch in dieser Beziehung stehen, wie bei dem Unterthanen-Gehorsam sich zwei Ansichten gegenüber: eine strengere, welche dem Beamten nur allenfalls gestattet, Vorstellungen gegen einen rechtswidrigen Befehl des Obern zu machen, nicht aber denselben, falls dieser gleichwohl darauf beharrt, unvollzogen zu lassen, so namentlich Gönner, welcher dem Beauftragten in diesem Falle nur die gloria obsequii läßt [1]), und eine andere Ansicht, wonach der obrigkeitliche Diener einem gesetzwidrigen Befehle keine Folge zu leisten hat, sondern strafbar ist, wenn er ihn befolgt, ohne sich durch Berufung auf einen höheren Befehl befreien zu können [2]). Einen Mittelweg haben die neueren Verfassungen eingeschlagen, wonach die Staatsdiener bei eigener Verantwortlichkeit nur die ihnen in ordnungsmäßiger Form zukommenden Anweisungen zu beobachten haben [3]).

Die Verantwortlichkeit der Behörden wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, dagegen sind die untergeordneten Stellen durch die ordnungsmäßige Form des ihnen zukommenden Befehls gegen Verantwortung gesichert, indem sie in diesem Falle solche übertragen auf die befehlende Behörde. Doch wird man mit der württembergischen Verfassungsurkunde (§. 53) annehmen müssen, daß der beauftragte Staatsdiener, wenn er hinsichtlich der Competenz der befehlenden Stelle Zweifel hegt, darüber bei der ihm vorgesetzten Behörde an-

---

1) Gönner, Vom Staatsdienste, §. 79, 90, wo auch weitere Literatur.

2) Leyser, Meditationes ad Pand. spec. 571, med. 20. — Schmid, Deutsches Staatsrecht, §. 58. — Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. III, S. 376.

3) Z. B. die württemb. Verf.-Urk. von 1819, §. 53. — Kurhess. Verf.-Urkunde von 1831, §. 61, 108.

zufragen, desgleichen wenn er bei dem Inhalte einer höheren Verfügung Anstände findet, solche auf geziemende Weise und unter Vermeidung jeder nachtheiligen Zögerung der verfügenden Stelle vorzutragen, im Falle eines beharrenden Bescheides aber die Verfügung zu befolgen habe.

Können aber die öffentlichen Diener sich jener Einrede auch bedienen, wenn die befehlende Behörde offenbar incompetent ist, oder wenn der höhere Befehl ein notorisches Unrecht enthält?

Keineswegs! Die Staatsregierung kann auf die ihr untergeordneten Diener nicht mehr Rechte übertragen, als sie selbst hat. Ist nun aber dieselbe nicht befugt, den Unterthanen eine rechtswidrige Anmuthung zu machen, so kann sie auch die Beamten oder Magistrate nicht dazu verpflichten; denn wenn schon das Dienst- wie das Unterthanen-Verhältniß mit sich bringt, dem höheren Befehle im Zweifel zu folgen und namentlich über die Zweckmäßigkeit einer Maßregel dem Untergebenen kein zu Recht beständiges Urtheil zukommt, so kann doch auch der öffentliche Diener nicht einer Verfügung gegenüber als verpflichtet angesehen werden, die gegen klares Recht, also an sich nichtig und ohne Wirkung ist, ohne daß es einen Unterschied machte, ob diese Verfügung von dem vorgesetzten verantwortlichen Ministerium oder dem Oberhaupte der Regierung selbst ausgeht.

Allerdings geht aus der gesetzlichen Form eines Befehls zunächst eine Vermuthung dafür hervor, daß derselbe auch dem Inhalte nach rechtmäßig sei. Allein wenn die Rechtswidrigkeit des Inhaltes offenbar ist, so kann jene Vermuthung dem untergeordneten Beamten nicht mehr genügen; und wenn selbst der militärische Gehorsam eine Ausnahme leidet, falls der Vorgesetzte ein offenbares Verbrechen anordnet *), so wird man noch weniger einen

*) Württemb. allgem. Kriegsdienstordnung, Bd. I. §. 59. Ein bekanntes Beispiel ist die Antwort des Vicomte d'Ortes, Commandanten zu Bayonne, auf den Befehl Karl's IX, Königs von Frankreich, die Protestanten in der Bartholomäusnacht zu ermorden: Sire, j'ai communique le commandement de V. M. à ses fideles habitans et gens de guerre de la garnison. Il n'y ai trouvé que bons citoyens et fermes soldats, mais pas un bourreau. C'est pourquoi eux et moi supplions très humblement V. dite Maj. vouloir employer en choses possibles, quelque hazardeuses qu'elles soient, nou bras et vies; comme étant, autant qu' elles dureront, Vos tres humbles etc.

Civildiener für schuldig oder berechtigt halten können, eine Handlung jener Art auf den Befehl eines hierzu jedenfalls nicht berechtigten Vorgesetzten zu unterstützen [1]).

Hierbei ist nicht einmal in Betracht gezogen die besondere Stellung, welche den öffentlichen Dienern in dem neueren constitutionellen Systeme eingeräumt worden. Wenn nämlich schon nach dem älteren Rechte, welches den Beamten als landesherrlichen Diener (ministerialis) betrachtete, das eben Angeführte zuzugeben ist, so muß solches noch mehr nach dem neueren Verfassungsrechte behauptet werden, das in demselben einen Staatsdiener sieht und in der Erstreckung des Diensteids auf die Verfassung eine Gewähr für die Volksrechte findet. Indessen scheint hierdurch wesentlich im Verhältnisse der öffentlichen Diener nichts geändert zu sein, da schon in früheren Verfassungen, z. B. in der altwürttembergischen, eine ausdrückliche Verpflichtung der öffentlichen Diener auf die Landesverträge [2]) vorkam, und wo dies auch nicht der Fall war, es sich von selbst verstand, daß, wenn sogar der Landesherr selbst wegen Mißbrauchs der fürstlichen Gewalt den Reichsgerichten verantwortlich war, er hinwieder auch seinen Dienern keinen andern als reichs- und landesverfassungsmäßigen Gehorsam auferlegen konnte, und anderer Seits die jetzt sogenannten Staatsdiener nichts desto weniger zunächst herrschaftliche Diener geblieben sind, da sie nur aus Auftrag des Regenten und im Namen desselben, nicht aber (die landschaftlichen Bedienten ausgenommen) auch im Namen der Stände thätig sind.

Sehen wir nun, wie es sich in Hannover verhält. In dem Grundgesetze §. 151 wird die Verantwortlichkeit gegenüber dem Könige und dem Lande zunächst nur den Ministern und Departements-

---

1) Vrgl. Schmid und Pfeiffer, a. a. O. — v. Brevern, Das Verhältniß der Staatsverwaltungsbeamten im Staate. Lpzg. 1835. S. 222, 223. — Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister, S. 57.

2) Württemb. Erbvergleich von 1770. Cl. I, Grav. 1, §. 3, bei Reyscher, Sammlung der württemb. Gesetze, Bd. II, S. 552. Vrgl. deff. Einl. in die Staatsgrundgesetze, das. Bd. I, §§. 269, 275, 311. — Besonders wurde noch das Hofgericht auf die Landesverträge und Abschiede hingewiesen im J. 1660, das. §. 287. Nach Aufhebung der erbländischen Verfassung wurde zwar am 1. Jan. 1806 die Verpflichtung auf dieselbe weggelassen, das. Bd. III, S. 240, darum war aber die Treue doch keine unbedingte.

Vorständen zur Last gelegt, gegen welche einzig und allein auch eine förmliche Anklage durch die allgemeine Ständeversammlung möglich ist. Allein so wenig durch die letztere Bestimmung eine Untersuchung und Bestrafung von Dienstvergehen untergeordneter Staatsdiener ausgeschlossen ist, so wenig kann auch der von gesammter Staatsdienerschaft auf das Grundgesetz abgelegte Diensteid als illusorisch betrachtet werden.

Vielmehr sind nach §. 161 des Grundgesetzes „alle Civilstaatsdiener, mögen sie vom Könige oder dessen Behörden ernannt, oder von einzelnen Berechtigten und Corporationen erwählt, präsentirt oder ernannt sein, durch ihren auf die getreuliche Beobachtung des Staatsgrundgesetzes auszudehnenden Diensteid verpflichtet, bei allen von ihnen ausgehenden Verfügungen dahin zu sehen, daß sie keine Verletzung der Verfassung enthalten." Diesem ist beigefügt: „in gehöriger Form erlassene Befehle vorgesetzter Behörden befreien sie (die Staatsdiener) von der Verantwortung und übertragen dieselbe an den Befehlenden." Indessen drängt sich die Frage auf, wie verhält sich dieser Zusatz zu der vorangestellten Regel? Daß er nur eine Ausnahme (und keine coordinirte Regel) gebe und geben wolle, und also jene Regel bestehen lasse, wonach persönliche Verantwortung der Staatsdiener stattfindet, geht nicht blos aus der allgemeinen Fassung des Hauptsatzes unsers §., sondern auch aus der adminiculirenden Form des Zusatzes hervor, welcher nicht als selbstständiger Satz, auch nicht als Gegensatz zu der vorhergehenden Periode, sondern lediglich als einschränkende Bemerkung anzusehen ist. Eine Gegenüberstellung könnte nämlich nur allenfalls darin gefunden werden, daß in dem §. zuerst von Verfügungen die Rede ist, welche von den einzelnen Civilstaatsdienern ausgehen, während sodann gesprochen wird von Befehlen der vorgesetzten Behörden. Allein auch Verfügungen, welche von oben befohlen sind, wie z. B. Steuer-Executions-Mandate, gehen darum nicht minder von der unteren Stelle, wenn schon mittelbar zugleich von der vorgesetzten, aus. Diese Verfügungen sind daher, namentlich sofern der Staatsdiener auch bei Ausführung höheren Befehls einen Mißgriff begehen kann, an sich gleichfalls unter der Regel des §. begriffen; aber sie sind insofern ex post von derselben ausgenommen, als der beauftragte Staatsdiener exceptionsweise

den höheren Befehl zu seiner Entschuldigung anführen und so die obliegende Verantwortung, falls nur der Befehl selbst gültig und von ihm nicht überschritten worden, auf den Vorgesetzten zurückübertragen kann.

Damit scheint nun freilich nicht gesagt, daß der Beamte den erhaltenen Befehl auch nothwendig vollziehen müsse, sondern nur, daß er, falls er dieses thue, von der Verantwortung befreit sei, daß er also ihn vollziehen dürfe, ohne einer persönlichen Responsabilität deshalb ausgesetzt zu sein. In diesem Falle könnte eine Obrigkeit in Hannover, falls ihr die Beihülfe zu Eintreibung einer verfassungswidrigen Steuer von der competenten Behörde förmlich befohlen würde, den Gehorsam allerdings verweigern, aber auch leisten, ohne Gefahr, deshalb rechtlich in Anspruch genommen zu werden. Obwohl diese Auslegung für jene Obrigkeit vielleicht die nützlichste wäre, weil sie ihr gestattete, je nach Umständen so oder anders zu handeln, so glauben wir doch dieselbe nicht aufrecht erhalten zu können; denn wenn überall eine Handlung entweder nur erlaubt oder unerlaubt sein kann, und wenn vor Allem eine obrigkeitliche Stelle nur so weit ein Recht hat zu handeln, als sie dazu verpflichtet ist, so kann es auch für einen untergeordneten Beamten keine indifferenten Handlungen geben, vielmehr ist derselbe entweder dem höhern Befehle zu folgen verpflichtet, oder er ist verpflichtet, ihm nicht zu folgen.

Das Erstere ist nun allerdings nach §. 161 des Grundgesetzes anzunehmen, wenn der höhere Befehl in „gehöriger Form" erlassen worden. Allein sofern nach §. 145 desselben Gesetzes zur Form des jährlichen Steuerausschreibens gehört, daß der ständischen Bewilligung darin besonders erwähnt worden, so fragt es sich: ob diesem Erforderniß in dem früher erwähnten Ausschreiben vom 9. Juni 1838 genügt sei?

Auch hier haben wir erst den §. 161 einer Interpretation zu unterwerfen. Es fragt sich nämlich: sind unter gehöriger Form etwa die gebräuchlichen Curialien in Ueberschrift, Eingang und Schluß, nebst Kanzleiformat u. s. w. begriffen, worin die Regierungserlasse zu ergehen pflegen, oder wollte damit etwas Wesentliches, mehr Innerliches, bezeichnet werden? Wir glauben das Letztere annehmen zu müssen, denn Formen, welche an und für sich auf den Bestand eines Geschäfts keinen Einfluß haben, sollten

ohne Zweifel auch keinen bei Staatshandlungen erhalten, und insbesondere wollte zuverlässig die wichtige Frage über Gehorsam des Staatsdieners nicht von bloßen Aeußerlichkeiten abhängig gemacht werden. Zur wesentlichen Form eines Regierungsbefehls gehört nun, daß derselbe von dem betreffenden verantwortlichen Departements-Chef contrasignirt oder unterschrieben sei [1]). Sollte daher der Befehlende bloß behaupten, er sei Departements-Chef, ohne es wirklich zu sein, oder ohne eine verfassungsmäßige Verantwortlichkeit für seine Handlungen anzuerkennen, so würde der Beamte ihm nicht zu gehorchen haben, und wäre auch ausdrücklich dabei auf höchsten Befehl sich berufen. Ebenso gehört zur Form eines Gesetzes Zustimmung der allgemeinen Ständeversammlung, und es ist dieser Zustimmung im Eingange des Gesetzes zu erwähnen [2]). Enthält daher ein Gesetz diese Erwähnung, es ist aber bekannt, daß keine Art von Verabschiedung vorausgegangen, so kann der bloße Buchstabe, worin jene grundlose Beziehung genommen worden, zur verfassungsmäßigen Gesetzesform nicht genügen. Zwar ist dem Könige ausnahmsweise in dringenden Fällen gestattet, gesetzliche Verfügungen, welche ihrer Natur nach ständischer Zustimmung bedurft hätten, ohne diese Zustimmung zu erlassen; doch darf auf diesem Wege nicht das Grundgesetz selbst abgeändert werden; auch muß eine solche Verfügung im Gesammt-Ministerio beschlossen und, daß dieses geschehen, darin ausgedrückt werden [3]). Diese drei Requisite betreffen die Form der ausgehenden Verfügung, und ohne dieselben ist die Form einer einseitig vom König ausgehenden „gesetzlichen Verfügung" nicht gewahrt. Der Beamte hat daher nicht blos darauf zu sehen, wie in andern Fällen, daß ein verfassungsmäßiger Minister contrasignirt habe, sondern er muß noch weiter prüfen, ob auch das Grundgesetz nicht verletzt worden, ob ferner das Staats-Ministerium gehört worden, und wenn er schon Letzteres im Zweifel daraus zu entnehmen hat, daß der Beschlußnahme im Staats-Ministerium Erwähnung geschehen, so würde doch der Umstand, daß notorisch blos von dem Cabinets-Ministerium aus gehandelt worden, Bedenken bei ihm erregen müssen.

1) G.-G. §. 151.
2) G.-G. §. 85.
3) G.-G. §. 87.

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen der §. 89 des Grundgesetzes, wo es am Ende heißt:

„Sollten Zweifel darüber entstehen, ob bei einem gehörig verkündigten Gesetze die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände hinreichend beobachtet sei, so steht es nur diesen zu, Anträge deshalb zu machen."

Hier hat das Grundgesetz nur den sehr leicht möglichen Fall im Auge, wo es zweifelhaft ist, ob die ständische Zustimmung hinsichtlich des ganzen wesentlichen Inhalts eines Gesetzesentwurfs, wie der §. 85 vorschreibt, stattgefunden, nicht aber auch den Fall, daß eine Ständeversammlung gar nicht gehört worden, oder, wie dies jetzt in Hannover vorkommt, daß keine grundgesetzliche Ständeversammlung mehr eingerufen wird. Ebenso verhält es sich mit dem jährlich erforderlichen Ausschreiben der Steuern. Auch zu dessen Form gehört nothwendig ständische Verwilligung. Auch ist diesem Erforderniß scheinbar in dem Steuerausschreiben vom 9. Juni 1838 genügt, indem auf ständische Verwilligung darin Bezug genommen worden *). Gleichwohl halten wir dasselbe im Sinn des Grundgesetzes nicht für erfüllt; denn abgesehen von allen andern Zweifeln, namentlich hinsichtlich der Verantwortlichkeit des ausschreibenden Chefs, welche jetzt von dem Cabinet geläugnet wird, konnte es

1) schon nicht in der Absicht der königlichen Regierung liegen, durch Beziehung auf eine vorangegangene ständische Bewilligung dem grundgesetzlichen Erfordernisse zu entsprechen, zu derselben Zeit, da sie die Existenz des Grundgesetzes überhaupt in Abrede stellte, und die Bewilligung einer sogen. Ständeversammlung eingeholt hatte, welche von ihr ausdrücklich mit Beziehung auf das Patent v. J. 1819 eingerufen worden war.

2) Gesetzt aber auch, die Regierung hätte durch jene Beziehung an eine grundgesetzliche Bewilligung erinnern wollen, was, wenn es geschehen wäre (wie wir jedoch nicht annehmen), nur auf Selbsttäuschung oder auf einem unerlaubten Versuche der Täuschung Anderer beruhen könnte, so dürfte dieser subjectiven Deutung doch kein objectiver Werth beigelegt werden, weil es

*) Facti Species p. 7.

zur Zeit des Ausschreibens allgemein, sogar officiell, in Hannover bekannt war, nicht nur daß Seine Majestät der König das Grundgesetz selbst gänzlich aufgehoben haben, sondern auch daß die verkündigte Steuerverlängerung keine ständische im grundgesetzlichen Sinne, sondern nur durch sogen. Stände vorgenommen war, welche aber weder nach der alten, angeblich wiederhergestellten, noch nach der neuen, thatsächlich vernichteten Verfassung hiefür zuständig erscheinen konnten. Es verhielt sich also mit jener ausdrücklichen Beziehung auf ständische Einwilligung nicht anders, als wenn gar keine solche Einwilligung eingeholt, und statt der Stände bloß ein Collegium von Räthen oder gar niemand gefragt worden wäre, denn eine Einwilligung unzuständiger Stände ist nicht besser als keine ständische Einwilligung, und so wenig man einem Staatsdiener, welcher doch nicht bloß maschinenartige oder kopflose Dienste, sondern vor Allem geistige Arbeit (operae liberales) dem Staate zu leisten verspricht, und welcher daneben als rechtschaffener Mann (vir bonus) zu vermuthen ist, der getreulich und ohne Gefährde (bona fide) dieselben zu vollbringen beabsichtigt, wird zumuthen können, bei hellem Tage nicht zu sehen, oder sich mit Bewußtsein, sei es auch von einem Vorgesetzten, täuschen zu lassen, so wenig kann man von ihm erwarten, einen Buchstaben, welcher der offenen That widerspricht, und allenfalls auch eine andere Auslegung zuläßt, für jene That anzunehmen, ja man wird ihn nicht einmal für berechtigt zu einer solchen widersprechenden Auslegung halten können, da jeder Handlung, wo möglich, eine solche Deutung zu geben ist, wonach sie als erlaubte, nicht auf Täuschung berechnete, erscheint.

Angenommen übrigens auch, die „gehörige Form" im Sinne des §. 161 wäre in dem Ausschreiben vom 9. Juni 1838 sub- und objectiv vollständig erfüllt, so müßte dieselbe doch hier aus dem Grunde für unzureichend gehalten werden, weil Seine Majestät oder Ihr Cabinets-Ministerium nicht aus dem Grundgesetze eine Einrede entlehnen können, das Sie Selbst aufgehoben haben, und weil anderer Seits, wenn man dieses Gesetz als fortdauernd gültig betrachtet, besagtes Ausschreiben ein notorisches Unrecht, d. h. eine wirkliche Verfassungswidrigkeit, enthält, in welchem Falle nach obiger Ansicht, und wohl auch im Sinne des Grundgesetzes, die Form des Befehls und selbst das Beharren der

vorgesetzten Stelle auf denselben den untergeordneten Diener nicht entschuldigen kann, wenn er zum Mitschuldigen seines Vorgesetzten wird, und einen Befehl ausführt, hinsichtlich dessen die öffentliche Stimme, wie seine eigene, ihm gleichzeitig sagen werden, daß solcher dem Grundgesetze nicht gemäß, vielmehr dazu bestimmt sei, einen aus dessen Vernichtung hervorgegangenen factischen Zustand aufrecht zu erhalten.

V. Kann eine Administrativ-Behörde wegen verfassungs- oder gesetzwidriger Handlungen gerichtlich in Anspruch genommen werden?

§. 1. Zuständigkeit der Gerichte in Verwaltungs-, insbesondere Steuersachen.

Ist eine Behörde nicht verpflichtet, den Unterthanen eine verfassungswidrige Anmuthung zu machen, so ist sie auch nicht dazu berechtigt; vielmehr verletzt sie ihre Pflicht, wenn sie Jenes thut, ohne durch das Subordinations-Verhältniß, wie wir gesehen haben, deshalb entschuldigt zu sein.

Wenn nun aber die Behörde so wenig als der Einzelne eine rechtswidrige Handlung vornehmen darf, so muß, falls sie dennoch einer solchen sich schuldig macht, dem Verletzten ein rechtliches Mittel dagegen gestattet sein. Auch von Staatswegen darf in die Rechte der Einzelnen nicht eingegriffen werden, denn das hannöversche Grundgesetz bestimmt:

> „die Staatsverwaltung hat keinen Anspruch an das Eigenthum und die Gerechtsame von Einzelnen oder Corporationen, als aus allgemeinen Gesetzen, oder besondern Privatrechtstiteln [1]).

Wenn nun aber dennoch ein Eingriff geschieht, so fragt es sich, wo hat der Beschädigte Genugthuung zu suchen? Dieß führt uns auf die gemeinrechtliche Streitfrage über die Compentenz der Gerichte in Verwaltungsstreitigkeiten überhaupt. Während Einzelne [2]) die Ge-

---

1) Hannöv. Grundgesetz, §. 35.

2) Mittermaier, im Archiv für civ. Praxis, Bd. IV, S. 305 f.; Bd. XII, S. 393 f.; Bd. XVIII, S. 138 f. — Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. III, S. 181 f. — Minnigerode, Beitrag zur Beantwortung der Frage: was ist Justiz, und was ist Administrativsache. Darmstadt 1835.

richte über jede Rechtsverletzung, gehe sie auch von den Verwaltungsbehörden aus, entscheiden lassen, wollen Andere [1]) die Verwaltung auch in der Beziehung unabhängig gestellt wissen, daß sie bestrittene und verletzte Rechte, sofern solche das Subjectionsverhältniß betreffen, oder, mit andern Worten, „die aus Handlungen der Staats- und obrigkeitlichen Gewalt abzuleitenden Rechte" nicht unter den Schutz der Justiz stellen.

Gehen wir vom positiv-rechtlichen Standpunkte aus, welcher zumal von der letzteren Partei von Schriftstellern nicht eingehalten worden, so konnte es wenigstens nach dem früheren Reichsrechte nicht zweifelhaft sein, daß Ueberschreitungen der Hoheitsrechte als wahre Justizsachen von den Unterthanen bei den Reichsgerichten klagbar gemacht werden durften [2]), und wenn dieß auch unter persönlicher Belangung der Reichsstände nur dadurch möglich war, weil diese als im Unterthanenverhältnisse zum Reiche stehend betrachtet wurden, so folgt aus der seither eingetretenen Veränderung, insbesondere aus der Erlangung der Souverainetät durch die Regierungen doch nicht, daß Handlungen der letzteren jetzt gar keiner gerichtlichen Cognition mehr unterliegen. Nur die Person des Regenten ist unantastbar geworden auch für die Gerichte, nicht aber die Regierungsthätigkeit, namentlich in der verantwortlichen Staatsdienerschaft. Wie daher Dienstvergehen der hohen und niederen Beamten, wodurch sie ihre Amtsbefugnisse überschreiten, insbesondere Verfassungsverletzungen, vor das Forum der ordentlichen Strafgerichte, wo nicht eines besondern Staatsgerichtshofs, gehören, so sind anderer Seits dergleichen obrigkeitliche Handlungen, sofern sie in die Privatrechte der Bürger, insbesondere deren Vermögensrechte, eingreifen, auf ordnungsmäßige Klage dem Forum der Civilgerichte untergeordnet. Wenigstens liegt in der Natur der Hoheitsrechte, woraus Weiler und Andere schließen, kein Grund, das Gegentheil anzunehmen, und auch die

---

1) v. Weiler, Ueber Verwaltung und Justiz. 2. Ausg. Mannheim 1830. — C. v. Pfizer, Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz. Stuttgart 1828. — Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnisse zur Justiz. Zwickau 1838 (wo auch S. 2 f. eine Vergleichung der übrigen Meinungen), s. besonders S. 67.

2) Vergl. Wahlcapitulation, Art. 19, §. 6 u. 7.

neuere Gesetzgebung und Praxis in den deutschen Bundesstaaten, wenn schon ihr Bestreben dahin gegangen ist, die Ausübung der Souverainetätsrechte von gerichtlichem Einflusse unabhängig zu machen, und namentlich die Entscheidung von Competenzfragen zwischen Justiz- und Regierungsbehörden der höchsten Landesbehörde vorzubehalten, sind doch keineswegs durchgehends für die definitive Erledigung der sogen. administrativ-contentiosen Sachen durch die Verwaltungsbehörden [1]).

Auch der Begriff von Justizsachen, wie er von Aeltern und Neuern, z. B. Strube[2]), Pfizer (a. a. O. S. 63), gegeben wird, wonach derselbe nämlich dann vorhanden sein soll, wenn Rechte der Einzelnen zur Sprache kommen, über deren Verletzung Beschwerde geführt wird, ist nicht gegen jene Competenz; nur darf man nicht übersehen, daß Rechte der Einzelnen (jura singulorum) und daher auch Rechtsverletzungen an Einzelnen nicht bloß gegenüber von andern Einzelnen, sondern auch gegenüber vom Staate zu denken sind, sofern nämlich über den Staatszweck und die Staatsverfassung hinaus auch im Namen des Staats nichts geboten oder verboten werden darf, und daher der Unterthan, sofern dieß gleichwohl geschieht, nicht als Staatsmitglied, sondern als Privatperson in Betracht kommt. Zwar zieht v. Weiler (a. a. O. §. 28) die Zuständigkeit der Gerichte bei Beschwerden der Privaten gegen Staatsbehörden oder Staatsdiener wegen Beschädigung durch widerrechtliche Amtsführung in Abrede, wenn die Verrichtungen, woraus die Beschädigung abgeleitet wird, Ausflüsse des öffentlichen Rechts sind, indem sie deshalb blos von den höheren Verwaltungsbehörden zur Verantwortung können gezogen werden. Allein wenn der obrigkeitliche Beamte den öffentlichen Wirkungskreis überschreitet, handelt er nicht mehr kraft öffentlichen Rechts, sondern kraft angemaßten Rechts, und selbst der Zweckmäßigkeitsgrund: daß die höhere Verwaltungsstelle im Zweifel besser den Fehler technisch zu beurtheilen verstehe, dürfte, wenn er auch immer wahr wäre, doch nicht gegen das Princip der Rechtspflege entscheiden, daß niemand, also auch nicht der Staat oder die sein Geld-Interesse wahrnehmende Beamten-Hierarchie sich selbst Recht schaffen könne.

1) Vgl. Pfeiffer, a. a. O. S. 436. — Funke, a. a. O. S. 147 f.

2) Unterricht von Regierungs- und Justiz-Sachen. Hildesheim 1753. §. 7.

Hienach ist die Zuständigkeit der Civilgerichte, falls durch eine Administrativbehörde Rechte der Unterthanen verletzt werden, nach gemeinem Rechte nicht ausgeschlossen; denn eine solche Verletzung ist nur möglich, indem die Verwaltungsbehörde durch Ueberschreitung ihrer Befugnisse in die Rechte der Einzelnen eingreift. Daher bestimmt das hannöversche Grundgesetz §. 37 sehr richtig:

„Jedem, der sich von einer Verwaltungsbehörde durch Überschreitung ihrer Befugnisse in seinem wohlerworbenen Rechte verletzt erachtet, steht — der ordentliche Gerichtsgang offen."

Hienach muß allerdings nach hannöverschem Rechte angenommen werden, daß gegen eine obrigkeitliche Verfügung, wodurch den Unterthanen verfassungswidrige Anmuthungen hinsichtlich der directen oder indirecten Steuern (auch die letzteren sind in der jährlich erforderlichen Steuerbewilligung begriffen) gemacht werden, eine gerichtliche Hülfe möglich sei. Nur Verletzungen durch einen Staatsvertrag mit Auswärtigen oder durch ein verfassungsmäßig erlassenes Gesetz sind von jener gerichtlichen Verfolgung ausgenommen. Dagegen begründet nach §. 37 des G.-G. die unrichtige oder unbefugte Anwendung von Staatsverträgen oder Gesetzen einen Rechtsanspruch, „sobald in einer Ueberschreitung der Befugnisse der Behörden außerdem die Erfordernisse einer Entschädigungsverbindlichkeit nach gemeinrechtlichen Grundsätzen anzutreffen sind," und der Kläger nachgewiesen hat, daß er bei der vorgesetzten höhern oder höchsten Verwaltungsbehörde bereits Hülfe gesucht, und solche innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht gefunden habe.

Namentlich gilt dieß von Uebergriffen der Steuerbehörden. Zwar behauptet Pfizer (a. a. O. §. 67 u. 68) daß über die Steuerpflicht, insbesondere über die Frage: ob und in welchem Umfange sie Statt finde, ihrer Natur nach die Verwaltungsstellen zu entscheiden haben; allein, wenn schon die Steuern ein rein hoheitlicher Gegenstand sind, indem das Ausschreiben und die Erhebung derselben bedingt ist durch die Staatsbedürfnisse, und daher zunächst nur die Steuerbehörden mit jenen Geschäften im Großen und Kleinen sich abzugeben haben, so können doch auch diese, ebenso wie andere Staatsbehörden, bei Ausführung ihrer Thätigkeit in privatrechtliche Streitigkeiten verwickelt werden, namentlich wenn ein Unterthan die Gesetzwidrigkeit einer Steuer

oder die unrichtig geschehene Anwendung des Gesetzes behauptet, worüber als einer litigiosen Sache nicht dieselbe oder eine andere Verwaltungsstelle als Partei entscheiden kann, sondern einzig und allein die richterliche Behörde [1]), welche insofern unabhängig von der Staatsregierung ist, als sie nicht, wie eine untergeordnete Verwaltungsstelle, im Zweifel nur die höhere Ansicht, sondern lediglich ihre eigene unabhängige Ueberzeugung von dem Rechtsverhältnisse der Parteien auszusprechen hat [2]).

Jenes ist auch in einem herzoglich meiningenschen Gesetze v. 16. Juni 1829 anerkannt, wonach (Art. 2) das Recht, die angebliche Gesetzwidrigkeit einer verlangten Steuer auf gerichtlichem Wege auszuführen, gegen die Staatscasse in dem Falle geltend gemacht werden kann, wenn die Abgabe zwar von der an sich competenten Behörde ausgeschrieben worden und in die Staatscasse geflossen ist, aber behauptet wird, daß das Ausschreiben selbst verfassungswidrig, z. B. ohne Zustimmung der Stände geschehen sei, wonebst auch noch gegen die einzelnen Beamten und Stellen, welche sich eine solche eigenmächtige Ausschreibung zu Schulden bringen sollten, die Anklage wegen Erpressung und Concussion, und, wenn diese auf höhern Befehl gehandelt haben, eine Anklage der Stände gegen die schuldigen Vorgesetzten eingeleitet werden kann.

Diese Bestimmung paßt, was die Competenzfrage im Allgemeinen betrifft, ganz auf die gegenwärtigen Steuerverhältnisse im Königreich Hannover. Sie ist aber auch in dieser Hinsicht nicht bloß particularrechtlichen Inhalts, sondern hervorgegangen aus der vormals reichsgesetzlichen und noch jetzt gemeinrechtlichen Ansicht von der Nothwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bei verletzten und streitigen Rechten, beruhen solche auf einer verschiedenen Auslegung des öffentlichen oder Privatrechts, welche beide ja den Richtern, als Theile einer und derselben Jurisprudenz, gleichmäßig bekannt sein sollen. Auch das hannöversche Grundgesetz

1) Pfeiffer, a. a. O. S. 325. — Minnigerode a. a. O. S. 182.

2) J. C. Klüber, Die Selbstständigkeit des Richteramts. Frankf. a. M. 1832. — Meisterlin, Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen. Kassel 1838, S. 124.

ist, wie wir gesehen haben, von dieser Ansicht ausgegangen, welche übrigens schon zuvor in Hannover anerkannte Praxis war [1]).

§. 9. Entscheidung von Competenz-Conflicten.

Daß die obrigkeitlichen Stellen sich den gesetzmäßigen Aufforderungen der Gerichte zu fügen haben, kann nach §. 156 des Grundgesetzes keinem Bedenken unterliegen. Entstehen jedoch Zweifel über die Competenz der Gerichte, und können sich die Verwaltungsbehörden hierüber nicht mit denselben vereinigen, so hat hierüber eine Section des Geheimrath-Collegiums zu entscheiden, welche durch Verordnung vom 14. Nov. 1833 [2]) gebildet worden ist. Auch kann nach dem Grundgesetze (§. 37) die Wiederaufhebung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden durch richterlichen Spruch nur in dem Falle stattfinden, wenn auf eben diesem Wege entschieden ist, daß eine in Frage befangene Angelegenheit zur Competenz der Verwaltungsbehörde nicht erwachsen gewesen sei.

Da indessen auch diese grundgesetzlichen Einrichtungen von Sr. Majestät nicht anerkannt worden, so fragt es sich: kann, im Falle eine obrigkeitliche Stelle die gerichtliche Competenz in einem vorkommenden Falle in Abrede stellen, und die höchste Verwaltungsbehörde diese Ansicht bestätigen sollte, der ordentliche Gerichtsgang aufgehalten werden?

Wäre diese Frage zu bejahen, so stünde es factisch bei Sr. Majestät, die Justiz in Sachen der Verwaltung jederzeit unmöglich und dadurch das Grundgesetz auch in den diesfälligen zweckmäßigen Bestimmungen unwirksam zu machen. Und doch scheint einer Verneinung der Frage der Umstand entgegen zu stehen, daß die Gegenstände der sogen. Verwaltungsjustiz in dem Grund-

---

1) Spangenberg in seiner Ausgabe von Strube's „Rechtl. Bedenken," Bd. III, Nr. 670, Anm. †, citirt mehrere Verordnungen, wonach in allen Steuer-Contraventions-Sachen ein gerichtliches Verfahren stattfindet. Ebenso bezeugt Hagemann „Prakt. Erört." Bd. VII, S. 15, daß es den administrativen Behörden eben so wenig gestattet sei, sich selbst Recht zu schaffen und Selbsthülfe zu gebrauchen, als Privatpersonen und Unterthanen.

2) Gesetzsammlung v. 1833, Abtheil. 1, S. 385.

gesetze selbst nur bedingter Weise der Civiljustiz überlassen sind.

Gleichwohl glauben wir uns für diese Verneinung entscheiden zu müssen, weil eine Bedingung, deren Eintritt durch denjenigen, welchem daran liegt, daß sie nicht erfüllt werde, zu verhindern gesucht wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für erfüllt anzunehmen ist [1]), und weil, gleichfalls nach allgemeinen Regeln, damit, daß ein Theil von einem Gesetze oder Rechte weggenommen wird, das Uebrige nicht von selbst verloren geht, wofern es nur für sich bestehen kann [2]).

Wenn daher auch ein Theil der Verfassungsbestimmungen, und zwar gerade der für die Civil-Justiz beschränkende Theil dadurch für den Augenblick unwirksam gemacht worden ist, daß die Competenz-Conflicte nicht mehr wie früher von der ersten Section des Geheimraths entschieden werden, weil dieser Geheimrath von Sr. Majestät aufgehoben worden ist, so folgt daraus noch nicht, daß auch der übrige Theil, und zwar gerade der die Anerkennung der gerichtlichen Competenz betreffende Theil, unwirksam geworden sei; vielmehr muß jene Competenz um so gewisser, unabhängig von einer vorausgehenden, derzeit unmöglichen, geheimräthlichen Entscheidung angenommen werden, als sonst auch die Competenz der Verwaltungsbehörden in allen zweifelhaften Fällen ausgesetzt, somit ein wahres Iustitium eingetreten wäre, was in der Absicht Sr. Majestät selbst niemalen gelegen sein kann.

Gesetzt übrigens auch, man hätte hierin von den grundgesetzlichen Bestimmungen ganz abzusehen, weil in der That Seine Majestät das ganze Grundgesetz als nicht bestehend annehmen, so würde man doch, was die Competenz der Gerichte in Verwaltungsstreitigkeiten betrifft, zu keinem anderen Ergebnisse gelangen, da dieselbe auch im gemeinen und im früheren hannöverschen Rechte anerkannt ist, und, abgesehen von particulärer Bestimmung, überall die Gerichte selbst über den Umfang ihrer Competenz zu

---

1) D. 1, 17, (de reg. juris) fr. 161. — Mühlenbruch, Pandektenrecht, §. 109.

2) D. l. c. fr. 21, 113, 147, 148. — S. Erklärung der hannöverschen Gesandtschaft am Bundestage v. 10. Juli 1823. Bundes-Prot. Bd. XV, S. 395.

entscheiden, nicht aber solche von außergerichtlicher Entscheidung, zumal einer nicht verfassungsmäßigen Stelle (des jetzigen Staats-Raths) abhängig zu machen haben [1]).

§. 3. Können die Gerichte eine Regierungs-Verordnung in Ansehung ihrer formellen Gültigkeit prüfen?

Daß die Gerichte innerhalb der Grenzen ihrer Competenz selbstständig sind und daher unabhängig von etwaigen Einwirkungen höherer Behörden nur nach dem Rechte zu entscheiden haben, ist allgemein anerkannt. Insbesondere ergiebt sich aus dem hannöverschen Grundgesetze (§. 9), daß die Richter durch Cabinets-Einmischung sich in Handhabung gerichtlicher Ordnung auf keine Weise hindern und irren lassen dürfen [2]). Indessen entsteht die Frage: in wie fern sind die Gerichte überhaupt befugt, das Recht des Landesherrn zur Erlassung einer Verordnung im Verhältnisse zu dem landständischen Mitwirkungsrechte ihrer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen und also eine Regierungs-Maßregel, wie z. B. das fragliche Steuerausschreiben, aus dem Grunde für nicht verpflichtend zu erklären, weil sie zu ihrer Gültigkeit der verfassungsmäßigen Zustimmung der Kammern bedurft hätte? Verneint wird die Frage von Mittermaier [3]) und Linde [4]). Bejaht dagegen von Schmid [5]), Jordan [6]), Feuerbach [7]), Pfeiffer [8]), Zachariä [9]) und Brinkmann [10]). Wir können uns mit Rücksicht auf die oben bemerkte Grenze zwischen Recht und Verwaltung, und in Rücksicht auf die Natur der richterlichen Thätigkeit, welche

---

1) Pfeiffer, a. a. O. S. 262. — Mittermaier, im civ. Archiv, Bd. XVII, S. 306, f.

2) Vgl. Pfeiffer, a. a. O. §. 19. — Minnigerode, a. a. O. S. 167—170.

3) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. IV, S. 334.

4) Das. Bd. XVI, S. 303 ff., und in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VII, S. 49, f.

5) Deutsches Staatsrecht, §. 75 u. 76.

6) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. VIII, S. 214.

7) Die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates, kann sie durch Verordnungen abgeändert werden? Nürnberg 1830.

8) Praktische Ausführungen, Bd. III, S. 279 f.

9) Im Archiv für civ. Pr., Bd. XVI, S. 165, f.

10) Wissenschaftlich prakt. Rechtskunde, Bd. I, S. 1.

überall ein Gesetz im weiteren Sinne, d. h. eine gültige Rechtsnorm voraussetzt und in Anwendung zu bringen hat, nur der letztern Ansicht anschließen. Die Gründe gegen die Competenz der Gerichte, wie sie von den Gegnern, namentlich Linde geltend gemacht werden, sind hauptsächlich folgende:

1) weil noch kein allgemeiner Begriff von Gesetz im Gegensatz von Verordnung aufgestellt sei. Dieser Grund beweist zu viel; denn auch die Begriffe von Recht und Verwaltung sind bis jetzt bloß wissenschaftlich aufzustellen gesucht worden, und doch muß diesen Begriffen praktische Folge gegeben werden, namentlich bei Ausscheidung der gerichtlichen Zuständigkeit.

2) die Rechtswissenschaft habe die Ausdrücke: Gesetz und Verordnung häufig gleichbedeutend gebraucht. Dieser Einwand beweist wenigstens nichts für diejenigen Staaten, wo zwischen beiden verfassungsmäßig unterschieden wird, wie z. B. in dem hannöverschen Grundgesetze §. 85 — 89.

3) wenn nach der Repräsentativ-Verfassung eines Landes Gesetze nicht ohne Zustimmung der Stände erlassen werden dürfen, so sei dadurch den letztern keine gesetzgebende Gewalt, noch ein Antheil an dieser zugesprochen, sondern nur eine beschränkende Form der Gesetze festgesetzt worden. Allein die Form ist bei einem Gesetze nicht Nebensache; das Gesetz ist vielmehr nur durch seine Form (Gesetzesform); und daß die ständische Verabschiedung in Beziehung auf den ganzen wesentlichen Inhalt eines allgemeinen Gesetzes, insbesondere aber zur Ausschreibung einer Steuer nothwendig sei, ist in dem hannöverschen Grundgesetze §. 85 und 145 mit klaren Worten ausgesprochen.

4) das Geschäft der Richter bestehe nur in Subsumtion des Factums unter das Gesetz. Allein wo kein Gesetz ist, kann auch von einer Unterordnung unter dasselbe nicht die Rede sein. Die Vorfrage für den Richter bleibt daher immer die: ist eine gültige Rechtsbestimmung vorhanden oder nicht? Und in sehr vielen Fällen von Rechtsstreitigkeiten ist die hauptsächliche Prüfung des Richters gerade darauf gerichtet: Was ist Gesetz?

5) der Richter greife in die Souverainetät ein, indem er die Befugniß des Souverains zur Gesetzgebung in Zweifel ziehe und sich über seine Verordnungen stelle; allein auch die Prüfung einer Verordnung aus dem verfassungsmäßigen Standpunkte ist

eine Subsumtion unter das Gesetz, nämlich unter das Verfassungsgesetz, und wenn der Richter, wie er schuldig ist, diese vornimmt, und in dessen Folge eine Verfügung, die nicht Gesetz ist, als Nichtgesetz betrachtet, maßt er sich keine Souverainetät an, sondern er hält im Gegentheil diese in ihrem wichtigsten Rechte, dem der Gesetzgebung, aufrecht.

§. 4. Welche Klagen stehen den Unterthanen gegen eine gesetzwidrig handelnde Obrigkeit zu?

Setzt nach dem eben (§. 5) Ausgeführten eine Obrigkeit sich durch verfassungswidrige Thätigkeit insbesondere durch Beihülfe für Eintreibung einer verfassungswidrigen Steuer allerdings einer gerichtlichen Verfolgung aus, so fragt es sich nun: welche Klage würde sie in diesem Falle zu besorgen und welcher Schutzmittel gegen dieselbe würde sie sich zu versichern haben?

Wir lassen hier die Verfolgung auf dem strafgerichtlichen Wege, welche im Falle von Dienstverletzung oder Dienstwidrigkeiten Remotion oder Dienstentlassung des schuldigen Dieners zur Folge haben kann, insbesondere den Fall einer Anklage durch die competente Ständeversammlung, welche jedoch einzig und allein gegen den die Steuer ausschreibenden Departements-Vorstand zulässig ist, bei Seite, und reden nur von dem civilrechtlichen Wege, welchen die durch unbefugte Steuerbeschreibung und Steuererhebung unmittelbar in ihren Vermögensrechten beeinträchtigten Staatsunterthanen wählen können, um im Falle geleisteter Zahlung oder durch die Steuer-Execution erlittener sonstiger Beschädigung sich zu regressiren.

Daß die Civilgerichte die Ausführung obrigkeitlicher Befehle unmittelbar hindern können, müssen wir, obgleich es gemeinrechtlich zweifelhaft ist, nach hannöverschem Rechte *) bestimmt in Abrede ziehen. Wenn es nämlich gleich consequent wäre, anzunehmen, daß in Fällen, wo auf dem Staatsverbande beruhende Rechte und Pflichten der Staatsregierung nicht vorhanden sind, durchaus nur ein privatrechtliches Verhältniß stattfinde, in welchem die Staatsgewalt nicht unmittelbar in Wirksamkeit gesetzt,

---

*) G.-G., §. 37, Absatz 4.

sondern die Anwendung oder Beihülfe derselben nur in dem Wege verlangt werden kann, welcher dem Staate für privatrechtliche Verhältnisse überhaupt vorgezeichnet ist, wie namentlich, wenn ein Staatsdiener den ihm von der Regierung ertheilten Auftrag überschreitet, oder wenn die Regierung selbst dem untergeordneten Diener einen ihr nicht zuständigen Auftrag ertheilt [1]), oder daß doch wenigstens unmittelbarer Schutz gegen eine unerlaubte polizeiliche oder finanzielle Verfügung, gleichsam als eine reine Privathandlung, bei dem ordentlichen Richter zu suchen sei: so ist doch in dem hannöverschen Grundgesetze bestimmt ausgesprochen: die Gerichte können in solchen Fällen die einstweilige Ausführung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden nicht hemmen. Nur der Strafrichter könnte allenfalls einen solchen Erfolg mittelbar dadurch herbeiführen, daß er den öffentlichen Diener wegen eines verfassungswidrigen Beginnens der angeführten Art, als einer Dienstverletzung in Untersuchung und Strafe zieht; dagegen kann der Civilrichter die Handlungen der ihm coordinirten Administrativ-Behörde nicht aufhalten, oder wie dieß von den Reichsgerichten zuweilen geschah, Inhibitorien dagegen erlassen. Aber es bleibt dem dadurch in seinen Rechten verletzten Staatsbürger der Recurs an den Richter auf Entschädigung und Wiedererstattung [2]).

Zweifelhaft scheint es auf den ersten Anblick, gegen wen diese Entschädigungsklage zu richten sei, ob gegen die Person des obrigkeitlichen Dieners, ob gegen die betreffende Behörde als solche oder gegen die Staatscasse?

Richtig sagt Gönner [3]):

> „In Dienstsachen handelt der Staatsdiener nicht als Privatmann, nicht in seinem Namen, sondern aus Auftrag der Staatsgewalt."

Woraus folgt, daß der Staat den angestellten Diener in Ansehung seiner Amtshandlungen zu decken, zu vertreten hat. Aber auch Gönner, welcher den Beamten nichts vergibt, fügt bei:

---

1) Meisterlin, a. a. O., S. 79 u. 80.

2) Grundgesetz, §. 37. — Minnigerode, a. a. O. S. 182. — Meisterlin, a. a. O. S. 84.

3) Vom Staatsdienste, §. 90.

„in soweit, als er seiner Instruction oder seiner Dienstpflicht nicht nachlebt, kann er verantwortlich sein."

Und diese Modification scheint allerdings nothwendig, sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als auch nach dem hannöverschen Grundgesetze. Bereits oben ist bemerkt worden, daß der öffentliche Diener, welcher seinen Wirkungskreis überschreitet und gegen die Verfassung oder offenbare Gesetze handelt, damit aus dem öffentlichen Rechte heraustrete und persönlich verantwortlich werde.

Dieß stimmt auch mit den civilrechtlichen Grundsätzen des Mandats überein, wonach das Staatsdienstverhältniß häufig beurtheilt wird. Eine unsittliche oder den Rechten Dritter entgegenstehende Handlung kann nämlich nicht Gegenstand der Bevollmächtigung sein; denn hierzu ist der Vollmachtgeber selbst nicht befugt, er kann also auch keinen rechtlich wirksamen Auftrag dazu ertheilen; und verrichtet der Beauftragte dennoch die Handlung und wird er dafür in Anspruch genommen, so hat er keine Mandatsklage gegen den Auftraggeber, selbst wenn dieser denselben für jenen Fall ausdrücklich zu entschädigen versprochen hätte [1]). Dem Staate aber, dessen Gesetze durch einen solchen Auftrag (mandatum rei turpis) übertreten worden, sind beide Theile zur Strafe, und dem Dritten, welcher dadurch verletzt worden, zur Entschädigung in solidum verbunden. Es steht daher in der Wahl des Dritten, den Auftraggeber oder den Beauftragten zuerst zu belangen [2]). Wäre hiernach im Namen des Staats eine Handlung vorgenommen, für welche in den Gesetzen desselben keine Ermächtigung zu finden ist, so könnte die Verantwortung nicht auf die moralische Person des Staats überwälzt werden. Also würden rechtswidrige Schadenszufügungen im Amte immer nur eine Verantwortlichkeit des Staatsdieners in seiner Person begründen und der Staat bliebe dießfalls ganz außer dem Spiele. Dieß nehmen auch als

---

1) J. III. 17. (de mandato) §. 7. — D. XVII. 1. (Mandati) fr. 6. §. 3. fr. 22. §. 6. — XLVI. 1. (de fide jussoribus et mandatoribus) fr. 70. §. 5.

2) D. XLIII. 24. (quod vi aut clam) fr. 5. §. 14. — D. XLVII. 10. (de injuriis) fr. 11. §. 3. fr. 15. §. 8. — C. IX. 2. (de accusationibus) const. 5. — Glük, Erläuterung der Pandekten, Bd. XV. §. 953.

Regel an Mittermaier [1]) und Heffter [2]). Allerdings wenn man auch den Grundsatz annimmt, welcher nicht bezweifelt werden sollte [3]), daß wenn der Beamte in amtlicher Eigenschaft handelt, der Regent, beziehungsweise der Staat selbst, durch seine des Beamten Person thätig sei und deshalb jeden von demselben gestifteten Schaden ersetzen müsse: so folgt daraus noch nicht, daß, wenn der Beamte seinen amtlichen Wirkungskreis überschreitet und die ihm anvertrauten Hoheitsrechte mißbraucht, der Staat gleichfalls dafür einzustehen habe. Vielmehr wird der Beamte, indem er dieses thut, strafbar, und auch um die Entschädigung der Verletzten aus der ihm fremden Handlung hat der Staat, falls man die Mandatsgrundsätze hierher bezieht, sich nicht zu bekümmern. Auch wenn man die Lehrsätze von den Gemeinheiten (universitates) anwendet, kommt man zu demselben Resultate, indem durch die Geschäfte der Gemeinheitsvorsteher, falls sie dem Auftrage der Gemeinheit nicht gemäß sind, das Ganze ausnahmsweise nur insofern verpflichtet wird, als eine Nutzanwendung zum Besten desselben erwiesen werden kann [4]). Indessen zeigt sich die strenge Anwendung dieser Grundsätze, wonach dem Beschädigten ein Recurs an den Staat in den meisten Fällen von Amtsverletzungen abgeschnitten wäre, unbillig und unpassend schon in der Hinsicht, weil der Einzelne der materiellen Gewalt des Staats, auch wenn sie ihn verletzt, nicht immer sich entziehen kann und darf, und weil, falls der Beamte, wenn auch unter Ueberschreitung seines Bereichs, mittelst seiner Amtsgewalt (vi officii) Einzelne beschädigt, eben diese ihm von dem Regenten Namens des Staats verliehene Gewalt wenn auch nicht de jure, doch de facto der Grund oder das Medium ist von der Beschädigung. Man wird daher, wenn es überall nothwendig ist, privatrechtliche Analogien zu gebrauchen, nicht sowohl die allgemeinen Grundsätze vom Mandat, als vielmehr die besonderen Grundsätze von der exercitoria und institoria actio, aus welchen auch jene theilweise ab-

---

1) Civ. Archiv, Bd. IV. S. 321.

2) Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Lfrg. S. 162.

3) S. jedoch Heffter, a. a. O.

4) D. IV. 3. (de dolo malo) fr. 15. §. 1. — XII. 1. (de reb. cred.) fr. 27. — XLIII. 16. (de vi et vi arm.) fr. 4.

gezogen sind, zur Hülfe nehmen müssen, wonach es Dritten gestattet ist, auch im Falle unerlaubter, nicht im Auftrag liegender, Handlungen des Schiffs- oder Geschäftsführers (magister navis, institor) sich jener Rechtsmittel gegen den Herrn zu bedienen, wofern die Handlungen nur bei Ausübung ihres Geschäfts begangen worden [1]). Hiernach würde die Klage gegen den Staat aus factis illicitis des Staatsdieners oder eines, Staatshoheitsrechte wahrnehmenden, Corporationsdieners in dem Falle gestattet sein, wenn dieser sich dieselben bei Ausübung seines Amtes und unter der Auctorität desselben schuldig gemacht hat, und man käme somit auf den Grundsatz zurück: factum ministri factum principis, wonach der Staat für die von seinen Dienern von Amtswegen begangenen Verletzungen dem Verletzten Ersatz zu leisten hat, ohne daß hierbei der höhere oder geringere Umfang der ihnen eingeräumten Gewalt oder der Umstand in Betracht käme, ob dieselben vom Regenten unmittelbar oder durch einen andern hierzu ermächtigten Staatsbeamten bestellt oder bestätigt worden [2]). Nur wird man, wie einer Seits der Staat allerdings die Pflicht hat, die Handlungen seiner Diener gegenüber von Dritten zu vertreten, die dadurch unschuldig in Schaden gekommen sind, hinwieder demselben das Recht geben müssen, sich an seinen Dienern zu regressiren, falls nicht etwa ein besonderer Verpflichtungsgrund für ihn vorhanden sein sollte, wie namentlich, wenn der Beamte ex jussu gehandelt oder in rem versio hinzugekommen ist. Daß im ersten Falle der Staat durchaus, im letzteren aber in so weit hafte, als die Verwendung geschehen (in quantum ad rem publicam pervenit), wird selbst von denen anerkannt, welche sonst die Verpflichtung des Staats sehr beschränken [3]).

Die Folgerungen aus dem Bisherigen für die vorliegende Frage sind folgende:

1) Die Civilklage, welcher eine Obrigkeit im Königreiche Hannover durch Beihülfe für Erhebung verfassungswidriger Steuern gegenüber von den zu Folge dieser Beihülfe leistenden Contribuen-

---

1) Glück, a. a. O., Bd. XIV. S. 193. 247.

2) Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. II. S. 368. f. 383.

3) Mittermaier, a. a. O. — Heffter, a. a. O., S. 163.

ten sich aussetzt, ist eine von der Thatsache der Verletzung hergeleitete persönliche Klage auf Entschädigung (actio in factum).

2) Object dieser Klage ist voller Schadenersatz oder das ganze Interesse des Verletzten (id quod interest), also zunächst der rechtswidrig entzogene Steuerbetrag selbst. Ebenso werden die Steuerpflichtigen, falls sie durch obrigkeitliche Verfügungen sonst an ihren Rechten einen schätzbaren widerrechtlichen Schaden (damnum injuria datum) erleiden sollten, namentlich in Folge obrigkeitlicher Executions-Mandate, mit demselben Rechtsmittel oder nach Umständen mit der Klage ex lege Aquilia diesen Nachtheil einfordern können.

3) Die Steuerpflichtigen oder deren Cessionare können eben sowohl solidarisch gegen den Staat (Staatscasse, fiscus), als gegen die verletzende Verwaltungsbehörde ihre Klage richten, Letzteres jedoch nur in so lange, als der betreffende Beamte im Amte ist, da für den Nachfolger als solchen keine Verbindlichkeit vorliegt, unerlaubte Handlungen seines Vorfahren zu vertreten. Die Klage wider die verletzende Verwaltungsbehörde trifft nämlich effectiv diejenigen obrigkeitlichen Diener, welche dieselbe bekleiden, also wenn gegen den Magistrat zu Osnabrück geklagt wird, die Mitglieder dieses Magistrats, und es unterscheidet sich somit diese Klage nicht wesentlich von einem gegen die Person der Diener selbst gerichteten Rechtsmittel, wiewohl die Kläger allerdings Gründe haben können, diese Diener in ihrer Amtseigenschaft, worin sie gefehlt haben, zu belangen, und nicht in ihrer Privateigenschaft, sei es auch nur um die Passiv-Legitimation zu erleichtern. Daher wird auch in dem Grundgesetze (§. 37) blos unterschieden zwischen einem Rechtsanspruche gegen den Staat oder die Verwaltungsbehörden.

§. 5. Welche Schutzmittel stehen einer Obrigkeit wider gerichtliche Klagen der Unterthanen zu?

Was die rechtlichen Schutzmittel betrifft, wodurch die belangte Obrigkeit gegen die vorgebrachten Klagen sich zu versichern vermöchte, so können wir folgende anführen:

1) Wenn die Untergebenen nicht in Folge einer Beihülfe der ihnen zunächst vorgesetzten obrigkeitlichen Behörde, sondern aus eigenem Antriebe (proprio motu) dem höheren Befehle Folge lei-

sten, z. B. die bisherigen oder neu ausgeschriebenen verfassungswidrigen Steuern bezahlen, so kann nicht jene, sondern nur die höhere Behörde regreßweise deshalb in Anspruch genommen werden. Doch würde die Obrigkeit, wenn sie einmal für die betreffende Steuer thätig gewesen, jene Thatsache als ihre Exception zu beweisen haben, indem theils nur unter Voraussetzung jener rechtswidrigen Beihülfe die Steuererhebung möglich gewesen, theils wenigstens die Vermuthung dafür ist, daß im Vertrauen auf die obrigkeitliche Mitwirkung und unter Rücksicht auf das obrigkeitliche Ansehen die Steuer bezahlt worden.

2) Wenn die Steuer in die öffentliche Casse geflossen ist, so steht es nicht in der Willkür der Zahlenden, die Staatscasse oder die Steuerbehörde oder die mitwirkende Ortsobrigkeit zu belangen; vielmehr können die beiden letzteren vermittelst der Einrede der Vorausklage (exc. excussionis) verlangen, daß erst die Staatscasse angegangen werde, und nur sofern die Klage wider diese fruchtlos oder außer der rechtswidrig abgeforderten Steuer noch ein anderer Schaden durch die Obrigkeit principaliter gestiftet sein sollte, wäre solche als haftend zu betrachten. Dagegen würde die Obrigkeit aus dem höheren Befehle zur Vornahme der Steuergeschäfte, insbesondere zur Steuerbeitreibung, keine rechtliche Einrede haben, sofern das Steuerausschreiben nach dem früher Ausgeführten nicht in verfassungsmäßiger Form erlassen, also auch für die untergebenen Beamten ohne Wirkung sein sollte.

3) Endlich fragt es sich, können Schritte, welche die betreffende Obrigkeit zum Schutze der Verfassung gethan hat, insbesondere Vorstellungen bei der höheren Behörde wider den verfassungswidrigen Befehl, derselben zur Entschuldigung gereichen, falls sie nachher dennoch diesem Folge geleistet? Allerdings würden jene Schritte, falls es sich von einer Strafanklage wegen Dienstvergehen handelte, den Quärenten zu Statten kommen, indem daraus hervorgeht, daß sie weder doloser noch culposer Weise zu Vernichtung des Grundgesetzes oder zur Aufrechthaltung des auf diese Vernichtung gegründeten verfassungswidrigen Zustandes mitgewirkt, vielmehr in ihrer Sphäre Alles gethan haben, was von einer recht- und friedliebenden Obrigkeit erwartet werden konnte. Allein, um gegen eine Civilklage einzelner Beschädigten gedeckt zu sein, dazu würden, falls sie eine verfassungswidrige Handlung durch ihre positive Mit-

wirkung unterstützten, weder ihre Vorstellungen bei königlicher Regierung, noch ihre Schritte bei dem deutschen Bunde hinreichen, indem, wenn auch ungerechte Handlungen der Obern von den Untergeordneten nicht zu verhindern sind, doch diesen wenigstens nicht eine directe Mitwirkung zu offenbar gesetzwidrigen Maßregeln oder deren Vollziehung gestattet sein kann.

Auch daß die Steuerbeschreibungen in Hannover noch bis Ende des Jahrs 1838 nach dem Gesetze vom 21. October 1834 vorgenommen worden, kann hieran nichts ändern, da, wenn schon vom 1. Juli 1838 an keine verfassungsmäßige Steuer mehr in Hannover bewilligt war, gleichwohl durch einzelne obrigkeitliche Handlungen der Anspruch der Unterthanen auf das Staatsgrundgesetz und das Widerspruchsrecht derselben gegen eine verfassungswidrige Steuer nicht verloren gehen konnte.

Ebenso ergibt sich aus dem früher Angeführten von selbst, daß, wenn auch die im vorigen Jahre und neuerdings wieder berufene Versammlung von sogenannten Ständen abermals zusammentreten würde, diese fortgesetzte Versammlung so wenig wie bei ihrer ersten Zusammenkunft verfassungsmäßige Steuern verwilligen oder an dem forthin gültigen Grundgesetze Abänderungen rechtskräftig genehmigen könnte, da eine unzuständige Ständeversammlung keine ständischen Rechte hat oder ausüben kann, also auch nicht diejenigen Rechte, welche das Grundgesetz den gültigen Ständen verleiht, zu deren Ausübung vielmehr einzig und allein die grundgesetzlichen Stände berufen sind.

Das Rechtsverhältniß des Ortsvorstehers oder seines Stellvertreters gegenüber von Dritten ist in der Hauptsache kein anderes, als das jedes obrigkeitlichen Beamten. Indem er Rechte der Staatsgewalt für sich allein auszuüben hat, steht er als Ortsvorsteher ein, wenn er sie auf gesetz- oder verfassungswidrige Weise handhabt. Indem er aber dieselben in Gemeinschaft mit dem Ortsmagistrate auszuüben hat und ausübt, theilt er die Verantwortung mit den Mitgliedern des Magistrats, welcher in diesem Falle als Ganzes (collegium) in Betracht kommt, wenngleich für unerlaubte Handlungen des Collegiums diejenigen Mitglieder zuletzt nicht einzustehen haben, welchen keine Schuld dabei zur Last fällt *). Auch die rechtlichen

*) Thibaut, Pandektenrecht, §. 134.

Vertheidigungsmittel des Ortsvorstehers sind ganz dieselben, wie die eines andern öffentlichen Dieners, und wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die moralische Verantwortlichkeit doppelt groß auf demjenigen haftet, welcher mit dem Volke in unmittelbarer Berührung steht, und durch sein Ansehen und seinen Einfluß bei einer großen Gemeinde viele Handlungen Einzelner in seiner Gewalt hat, die weniger gewohnt sind, selbst zu prüfen, als gewissen Autoritäten zu folgen, so können wir doch auch ihm nicht anders rathen, als was Leyser *) von der Pflicht des Staatsdieners sagt:

„quamdiu spes aliqua adest; fore, ut monita sua apud principem pondus habeant, timor offensionis et mortis quoque negligendus est."

Und wenn auch keine Hoffnung vorhanden sein sollte, der mit wenigen Ausnahmen wohl allgemein in Deutschland gehegten Ueberzeugung von der Gültigkeit des Staatsgrundgesetzes und der Unstatthaftigkeit seiner einseitigen Aufhebung apud principem Eingang zu verschaffen, so kann es doch unter Umständen Pflicht des Beamten nicht nur gegen sich selbst, sondern auch gegen das Gemeinwesen sein, die bekleidete Stelle, obgleich Quelle vieler Unlust und Kränkung, beizubehalten, statt sie, wie er bei beharrlicher ungesetzlicher Zumuthung allerdings befugt wäre, niederzulegen, und sich jene Ruhe zu gönnen, welche der wohlverdiente Lohn langer Anstrengungen ist.

*) Specim. 570. med. 15.

Ueber dominium directum und utile.

Von

Dr. Ludwig Duncker,

Syndicus der Universität Marburg.

I. Verschiedene Ansichten.

§. 1.

Die deutschen Juristen sind von jeher von der Ansicht ausgegangen, daß das Eigenthum dem vaterländischen Rechte stets bekannt, und daß das deutsche Eigenthum von dem römischen im Wesentlichen nicht verschieden gewesen sei. Die Anwendung der römischen Grundsätze über Eigenthum fand in Deutschland daher um so weniger eine Schwierigkeit, als man schon im römischen Rechte die Unterscheidung in dominium directum und utile bei der Emphyteuse zu finden glaubte [1]), nach welcher Analogie man die ursprünglich deutschen Institute der Lehen- und Colonatgüter unbedenklich beurtheilte. Zwar wurde schon früh von dem Standpunkte des römischen Rechtes aus jene Unterscheidung von den ausgezeichnetsten Juristen verworfen [2]), allein von der Mehrzahl fortwährend festgehalten, ungeachtet es nimmer gelingen wollte, über die Natur dieses getheilten Eigenthums zu einer klaren Ansicht zu gelangen [3]).

1) Voet, Comm. lib. 6, tit. 1, §. 1. — Lauterbach, Coll. theor. pr. lib. 41, tit. 1, §. 4.

2) Thibaut, Versuche, Th. 2, Abh. 3, im Anf.

3) Bei der Afterbelehnung reicht die einfache Eintheilung nicht aus, es wird vielmehr eine Potencirung des dom. dir. und utile nothwendig; der Oberlehensherr hat nämlich das dom. dir. proprium (dom. dir. majus), der erste Vasall diesem gegenüber das dom. ut. superius und dem

Da die Erfolglosigkeit des gegen die Spaltung des Eigenthums in ein dominium directum und utile erhobenen Widerspruches in der wenig gelungenen Begründung zu liegen schien, so unternahm es Thibaut, einen besseren Beweis als seine Vorgänger zu erbringen, indem er nicht nur die Unverträglichkeit dieser Eintheilung mit den Grundsätzen des römischen Rechtes, sondern auch die Entstehung derselben aus einer mißverstandenen Terminologie der Glossatoren darthat. Darin wird nun Thibaut auf die Beistimmung aller Juristen rechnen können, daß vom Standpunkte des römischen Rechtes aus, die herrschende Ansicht über dominium directum und utile nicht gerechtfertigt werden kann, aber ebenso gewiß ist es, daß damit noch nicht die Frage entschieden ist, ob nicht in dem heutigen Rechte jene Eintheilung bestehen könne *). Thibaut geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß das römische Recht in der Lehre vom Eigenthum unverändert bei uns recipirt sei. Sowie aber das römische Recht in vielen Materien durch die abweichenden Ansichten des einheimischen mancherlei Abänderungen erlitten hat, so ist es auch wenigstens nicht unmöglich, daß die Eintheilung in dom. dir. und utile im deutschen Recht wohl begründet gewesen sei, und sich gegen den Widerspruch des römischen um so eher behauptet habe, als gerade diejenigen Verhältnisse, bei welchen eine Theilung der im Eigenthume enthaltenen Rechte angenommen wird, dem römischen Rechte, mit Ausnahme der Emphyteuse und Superficies, fremd sind. Um bei dieser Streitfrage zu einem für das heutige Recht brauchbaren Resultate zu gelangen, ist daher zu untersuchen, ob das einheimische Recht das Eigenthum in einer andern Bedeutung, als das römische Recht, aufgefaßt, und nach seinem Begriffe eine Theilung in dom. dir. und utile zugelassen habe, worauf erst, wenn sich dieses ergibt, die weitere Frage zu beantworten bleibt, ob sich diese Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtes dem römischen gegenüber erhalten habe, oder nicht.

Aftervasallen gegenüber das dom. dir. improprium (dom. dir. minus s. subalternatum); der Aftervasall hat das dom. utile inferius. (Schilter, Cod. jur. feud. p. 118, §. 3 u. p. 204; de Pucholtz, De feudis Bohemicis, diss. 2, §. 12 u. concl. 7; bei Jenichen, Thes. jur. feud. t. 3, p. 520, 523.) Bei jeder weitern Afterbelehnung vervielfältigt sich nun auch das getheilte Eigenthum.

*) Beseler, Erbverttr. Th. 1, S. 75 f.

Dieser Weg ist zuerst von Vollgraff [1]) eingeschlagen worden, und hat denselben zu dem Resultate geführt (S. 40), daß die Deutschen vor Einführung des römischen Rechtes keinen Begriff vom römischen Eigenthum gehabt hatten [2]), und daß ihr gesammtes Sachenrecht (wenn man anders diesen Ausdruck hier gebrauchen dürfe,) auf verbürgtem (gewährtem) Besitz beruht, also an der Person geklebt habe. Zur Begründung seiner Behauptung führt Vollgraff viele Stellen des sächsischen und schwäbischen Landrechts an, aus denen folgende Resultate und Beweise hervorgehen sollen:

a) das Wort Gewere bedeute zunächst und vorzugsweise nichts als körperlichen Besitz (S. 49);

b) dieser sei zugleich die nächste Schutzwehr (Gewähr) alles Besitzthums; er sei gewissermaßen als heilig betrachtet worden, und habe die Stelle des fehlenden Staatsschutzes vertreten;

c) bei Veräußerungen von Gütern habe man stets nur seinen körperlichen Besitz auf den Andern übertragen. Bei Streitigkeiten über Besitzthümer seien nur die nächsten Anlieger und Dorfbewohner als Zeugen zugelassen worden, weil nur sie Zeugniß über die Thatsache des Besitzes hätten geben können. Ein Petitorium habe man nicht gekannt, sondern das Possessorium habe über das Ganze entschieden;

d) durch die bloße Besitzübergabe und den Besitz der Sache binnen Jahr und Tag ohne Widerspruch der Erben sei die Sache zur eignen geworden;

e) mit dieser dem Besitze beigelegten Wichtigkeit stehe das schwäbische Landrecht, nach welchem es bei Grundstücken, die man durch richterliches Erkenntniß oder Erbrecht erwerbe, der Uebergabe nicht bedürfe, nicht im Widerspruche, da im ersten Falle die gerichtliche Einweisung genügt habe, und im zweiten die Gewere des Erblassers dem Erben zu Statten gekommen sei.

Ferner behauptet Vollgraff (S. 52 f.), der alte Ausdruck Eigen sei irrthümlich für Eigenthum genommen worden und mit dominium und proprietas für identisch erklärt; aus dem sächs. und

---

1) Revision verschiedener teutsch-rechtl. Theorien, Beilagenheft zum 9. Bd. des Archivs f. d. civ. Praxis.

2) S. auch Zachariä, Der Kampf des Grundeigenthums gegen die Grundherrlichkeit, S. 16 f.

schwäb. Landrecht gehe aber hervor, daß das Wort Eigen weiter nichts als ein abgeleiteter Begriff von der Gewere (Garantie, Vertretung) sei; denn alles liegende Gut heiße Eigen, dessen eigener Gewähre man sei, sobald man es entweder Jahr und Tag in ruhigem Besitze gehabt habe, oder als nächster Erbe den Besitz des Erblassers daran fortsetze. Die ausgedehnte Benutzungsbefugniß, welche im deutschen Eigen gelegen habe (denn das Veräußerungsrecht sei wenigstens bei allen Erbgrundstücken so gut wie verboten gewesen), sei nicht Ausfluß eines bereits herausgebildeten Begriffes von dominium, sondern lediglich Folge jener charakteristisch-deutschen Freiheitsgrundsätze, jener Gesetzlosigkeit, Unbeschränktheit und Ungebundenheit gewesen, worin die Deutschen von jeher ihre wilde Freiheit erblickt, und begreiflicher Weise zunächst auf die Benutzung ihres Besitzthums übertragen hätten. Darin liege nun die Wohlthat der Einführung des römischen Rechtes, daß es in Deutschland ein Eigenthum geschaffen habe, dessen Ausübung nicht von der Persönlichkeit, dem Range und Stande des Inhabers abhängig, dessen Veräußerung nicht an die Zustimmung der Erben gebunden sei.

Vollgraff untersucht darauf, welche Rechte der Leihemann an dem ihm geliehenen Gute gehabt habe, und gelangt (S. 95 f.) zu dem Resultat:

1) „daß nichts irriger und unlogischer sein konnte, als die Rechte eines, bloß mit einigen wenigen Nutzungsrechten Beliehenen mit dem Namen eines dominii utilis zu belegen, theils weil die Teutschen bis in's 16. Jahrhundert gar nichts von einem römischen dominio oder von proprietas gewußt haben (denn man war wohl unumschränkter Nutznießer des Eigen, aber über die Substanz hatte man keine Veräußerungs-Befugniß), theils weil ein widerrufliches und noch dazu beschränktes Nutzungsrecht doch unmöglich auch nur analogisch mit römischem dominio in Parallele gestellt werden kann, so wenig wie die Klagen, welche einem Pachter zum Schutz seiner Pachtrechte zukommen, es gestatten, aus diesen Klagen nun auf ein dingliches Recht an oder zu dem Pachtgute zu folgern;

2) daß mithin nicht allein deshalb, weil dieses dominium utile ein bloßes Hirngespinnst war, der correlate Gegensatz desselben, nämlich das dominium directum wegfällt, sondern hauptsächlich deshalb ganz cessirt, weil die Teutschen gar kein römisches dominium bis zur Einführung des römischen Rechtes kannten und vermöge der

obigen Ausführung kennen konnten.“ Das Verhältniß des Leihemannes zu dem ihm geliehenen Gute soll lediglich das eines Pachters sein.

Im Allgemeinen ist hiergegen Folgendes zu bemerken:

Mit dem Begriffe der Person ist auch deren Herrschaft über die Außenwelt gegeben. Die Person ist nicht denkbar ohne das Recht, in jede Sache ihren Willen zu legen und sie dadurch sich anzueignen, sie zu ihrem Eigenthum zu machen. Die Formen aber, unter welchen das Eigenthum bei den einzelnen Völkern sich zeigt, sind verschieden, indem sie durch die Individualität des einzelnen Volkes bedingt werden, und daher wandelbar, da auch diese nicht zu allen Zeiten dieselbe bleibt. Das Ewige und Unwandelbare im Eigenthum ist nur seine Nothwendigkeit. Man kann daher nicht die Grundsätze über Eigenthum, wie sie sich im römischen Recht gebildet haben, als den Normaltypus ansehen, und jedem andern Herrschaftsverhältnisse über Sachen, welches sich abweichend hiervon bei einem andern Volke gebildet hat, den Charakter des Eigenthums absprechen. Die Untersuchung über das Eigenthum bei einem Volke braucht deshalb nicht mit Beantwortung der Vorfrage anzuheben, ob es in der That ein Eigenthum gekannt habe, sondern wird durch die Darstellung der Natur ꝛc. eines vorauszusetzenden Eigenthums vollständig erschöpft. Wenn daher auch zugegeben werden kann, daß der Begriff des römischen Eigenthums dem deutschen Rechte ursprünglich fremd sei *), so folgt daraus noch nicht, daß man in Deutschland das Eigenthum überhaupt nicht gekannt habe. Vollgraff's Untersuchung konnte aber schon deshalb ihren Gegenstand nicht erschöpfen, weil sie nur auf das sächs. und schwäb. Landrecht Rücksicht nimmt; denn die formelle Ungültigkeit der Volksrechte und Capitularien, welche zur Zeit dieser Rechtsbücher freilich schon längst vorhanden war, kann das Zurückgehen auf diese ältesten Quellen bei der Darstellung der ursprünglichen Natur und genetischen

*) Ich weiß nicht, warum Vollgraff die Bekanntschaft mit dem Begriffe des römischen dominium erst in das 16. Jahrh. setzt, indem, abgesehen davon, daß das römische Recht schon seit dem 14. Jahrh. ein entschiedenes Uebergewicht über das einheimische zu gewinnen begann, das römische Recht in den germanischen Reichen von jeher bekannt gewesen ist. v. Savigny, Gesch. d. röm. R., Th. 2.

Entwickelung eines Institutes nicht überflüssig machen. Insonderheit kann die Bedeutung des Rechtes, welches der Leihemann an dem geliehenen Grundstücke hatte, aus jenen Rechtsbüchern durchaus nicht erkannt werden, da der Umfang dieses Rechtes, welches ursprünglich von der Gnade des Leiheherrn abhängig war, auf keiner allgemeinen Regel beruhte, weshalb auch jene Rechtsbücher dasselbe nicht abhandeln, sondern geradezu erklären, es wegen seiner großen Verschiedenheit bei den einzelnen Herren übergehen zu müssen [1]. So wenig man sich also der Mühe überheben darf, auf die ältesten Rechtsquellen zurückzugehen, ebensowenig darf man glauben, mit der Darstellung der Eigenthumsverhältnisse, wie sie in jenen Rechtsbüchern vorkommen sollen, die Untersuchung beschließen und das aus ihnen gewonnene Resultat mit den Grundsätzen des römischen Rechtes vergleichen zu können; vielmehr ist gerade die Darstellung der Entwickelung der Eigenthumsverhältnisse, wie sie sich nach den Hofrechten ergibt, der unentbehrlichste und folgenreichste Theil der ganzen Untersuchung.

Während Eichhorn [2]) die Ansicht, wonach man sich das Eigenthum zwischen dem dominus directus und utilis getheilt denke, als dem Wesen des Eigenthums widersprechend verwirft, und diejenigen Verhältnisse, welche die Neuern unter das dominium utile stellen, nur als eine dem deutschen Rechte eigne Art des jus in re gelten lassen will, halten Mittermaier [3]) und Maurenbrecher [4]) dieses durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch eingeführte getheilte Eigenthum, bei welchem zwei Personen als Eigenthümer derselben Sache betrachtet werden, in Ansehung welcher sich ihre Proprietätsrechte wechselseitig beschränken, für unser heutiges Recht unentbehrlich; das getheilte Eigenthum soll nach den Grundsätzen vom Eigenthum beurtheilt werden.

Da der Widerspruch, in welchem das getheilte Eigenthum mit den Grundsätzen des römischen Rechtes steht, jetzt allgemein zuge-

---

1) Vet. auct. de benef., c. 1, §. 131. Sächs. Landr., Buch 3, Art. 42. Schwäb. Lehenr., Cap. 115, §. 3. Schwäb. Landr., Cap. 48, §. 4; Cap. 54, §. 5 (ed. Senck.).

2) Einleitung &c., §. 160.

3) Deutsch. Privatrecht, §. 156.

4) Lehrb. des gem. deutsch. Rechts, §. 188.

geben wird, so war der Versuch vorauszusehen, für jenes eine solche Grundlage zu gewinnen, welche es möglich machte, Theorie und Praxis in Einklang zu bringen; denn der Zwiespalt zwischen beiden ist doch gar zu auffallend, da das getheilte Eigenthum der Praxis dem theoretischen römischen Eigenthume in seinem innersten Wesen widerstreitet, und zur Erklärung dieses Widerspruches weiter nichts angegeben werden kann, als daß die Praxis die unzureichende Theorie auf diese freilich gar seltsame Weise vervollständigt habe. Dieser Versuch ist von Phillips *) gemacht, und hat das Resultat geliefert, daß das Wesen des deutschen Eigenthums von dem des römischen verschieden gewesen sei, und daß sich bei den ursprünglich deutschen Eigenthumsverhältnissen das einheimische Recht erhalten habe. Da die von Phillips gegebene gedrängte Entwickelung dieser Ansicht nicht wohl noch mehr zusammengezogen werden kann, so mag es Entschuldigung finden, wenn ich dieselbe meist mit dessen eignen Worten hier wiedergebe. „Diejenigen Rechtsverhältnisse, welche man gegenwärtig mit dem technischen Ausdrucke Eigenthum bezeichnet, beruheten in dem älteren Rechte sämmtlich auf dem Princip der Gewehre, d. h. auf der rechtlichen Herrschaft eines Menschen über eine Sache. —— Diese Herrschaft konnte aber von verschiedenem Umfange, sie konnte unbeschränkt oder beschränkt sein, sie konnte einer oder mehreren Personen zustehen, die entweder gemeinschaftlich eine gleiche Herrschaft an derselben Sache hatten oder zu dieser in dem Verhältnisse standen, daß jede von ihnen eine Herrschaft von verschiedenem Umfange daran ausübte." (Wenn der bisherige Besitzer eines Grundstücks zu Gunsten einer andern Person gerichtlich einzelne Rechte aufgegeben, also gleichsam eine Theilung der ihm zustehenden Rechte, eine Theilung der Gewere vorgenommen, so habe das Gericht dieses neu entstandene Verhältniß ebenfalls anerkannt. Die Wirkung der gerichtlichen Auflassung sei hier die, daß nunmehr zwei Personen neben einander eine Herrschaft von verschiedenem Umfange an demselben Grundstück ausgeübt hätten. Die deutsche Rechtssprache, gewohnt, jede Herrschaft auf das Princip der Gewere zurückzuführen, habe daher auch dem Empfänger jener Rechte eine Gewere beigelegt, die sie nach Verschiedenheit des Umfanges der übertragenen Rechte verschiedentlich bezeichnet habe, z. B.

*) Deutsch. Privatrecht, Th. 1, S. 520 ff. (2te Aufl.).

Satzungs-, Zins-, Lehens-Gewere). Der Ausdruck dominium, wo er im weiteren Sinne genommen werde, bezeichne einen der Gewere verwandten Begriff; es umfasse nicht bloß das Eigenthum im eigentlichen Sinne, sondern überhaupt ein rechtliches Gewalt- oder Herrschaftsverhältniß zu einer Sache, weshalb auch das Recht des Usufructuars und anderer Servitutberechtigten in den Quellen dominium genannt werde. Denn analog sei es zu verstehen, wenn in dem ältern deutschen Rechte solche verschiedene rechtliche Gewaltverhältnisse Gewere genannt würden. „Aber auch in einem andern Punkte tritt eine große Aehnlichkeit zwischen beiden Begriffen hervor, nämlich in Betreff der Klage. Bei den dinglichen Rechten des Römischen Rechtes entspringt diese eben aus dem Dominium, und es ist ihrer Natur nach die rei vindicatio — — gar keine andere Klage, als die confessoria actio, beide haben ein und dasselbe Fundament; so ist es auch im ältern Deutschen Rechte; es gibt nur einen Klaggrund, nämlich die Gewehre; nur wegen Verletzung dieser wird geklagt." Im römischen Rechte habe sich der Begriff des dominium im engern Sinne oder der proprietas als eines Rechtes gebildet, welches das nächste Verhältniß einer Person zur Sache ausdrücke, und daher die Einwirkung Anderer völlig ausschließe. In Deutschland hingegen habe sich eine solche schroffe Abstraction der proprietas, in ihrem Charakter völliger Ausschließlichkeit auf dem Gebiete der Gewere nicht entwickelt, obschon in den Rechtsbüchern der Ausdruck: eigentliche Gewere und Eigen zur Bezeichnung eines der Proprietät ähnlichen Begriffes vorkämen. Durch die eigenthümlichen Verhältnisse und Bedürfnisse hervorgerufen, hätte sich in Deutschland ein Gewaltverhältniß Mehrerer über dieselbe Sache gebildet, und der dem germanischen Rechte überhaupt inwohnende organische Lebenstrieb habe die Mittel an die Hand gegeben, das scheinbar Widersprechende zu versöhnen, indem die Bande der Treue und des Eides die beiden verschiedenen Gewalten, welche an der nämlichen Sache Statt finden konnten, vereinigt hätten. Ein solches Verhältniß sei freilich nach der der römischen proprietas inwohnenden Ausschließlichkeit ganz undenkbar und unbegreiflich. „Wir haben nun in Deutschland den Römischen Begriff Proprietas recipirt. — — Ganz indessen hat derselbe doch nicht obgesiegt, indem neben ihm auch mehrere jener Germanischen rechtlichen Gewaltverhältnisse, die dem Römischen Rechte fremd waren, bestehen geblieben sind. — —

Eigenthum wäre also jetzt, wie ehedem Gewehre, dasjenige Wort, welches Alles, was die Römer Proprietas oder Dominium und die Deutschen Gewehre nannten, so viel sich davon noch erhalten hat, mit beigefügter specieller Bezeichnung des Herrschaftsverhältnisses umfassen sollte. Theorie, Praxis und Gesetzgebung haben aber nur wenigen dieser Verhältnisse den Namen Dominium oder Eigenthum beigelegt, weshalb die übrigen auch heute zu Tage davon auszuschließen sind. Demgemäß bedeutet Eigenthum bei uns nicht bloß die strenge ausschließliche Römische Proprietas, sondern umfaßt noch mehrere andere Verhältnisse, bei denen nach älterm Rechte eine Gesammtgewehre oder eine Theilung der Gewehre Statt gefunden hat; deshalb ist dem heutigen Rechte der Begriff von Gesammteigenthum und getheiltem Eigenthum nicht fremd. Es offenbart sich ferner der Unterschied zwischen dem heutigen Eigenthum und der Römischen Proprietät darin, daß diese nur an einer körperlichen Sache vorkommt, das Deutsche Eigenthum aber an bloßen Rechten bestehen kann. Es kann z. B. Jemandem sehr wohl das Jagdrecht eigenthümlich zustehen, ohne daß ihm der Grund und Boden gehört, auf welchem er jagen darf; ein jedes solches Herrschaftsverhältniß kann demnach Gegenstand des Eigenthums, daher auch der Veräußerung durch Kauf oder Verpfändung sein."

Nach dieser Auseinandersetzung des Wesens des deutschen Eigenthums spricht sich Phillips (§. 87) über das getheilte Eigenthum dahin aus, daß die Vermittelung zwischen dem deutschen Rechte, welches das getheilte Eigenthum gekannt, und dem römischen, welches dasselbe verworfen, durch die Schule der Glossatoren bewirkt sei. „Da Italien seit dem fünften Jahrhundert allmälig eine zahlreiche Germanische Bevölkerung in sich aufgenommen hatte, so konnte nicht ausbleiben, daß mit den bis dahin auf der Halbinsel herrschenden Rechtsansichten sich auch Germanische Ideen amalgamirten. Vor Allem war es aber das seinem Ursprunge nach durchaus Germanische Lehnsinstitut, welches in Italien seit der Herrschaft der Longobarden zu einer großen Ausbildung gelangt war und eigentlich alle Lebensverhältnisse durchdrungen hatte. Es mußten daher die dem Lehnsinstitute zum Grunde liegenden Principien nothwendig einen großen Einfluß gewinnen, da diese aber durchaus auf die Theilung der Gewehre zurückführten, so mußte dieses ein den Glossatoren ganz geläufiger Begriff werden. Sie bezeichneten nun jedes

der hierbei Statt findenden rechtlichen Herrschaftsverhältnisse mit dem Ausdrucke Dominium, da in der That kein anderes passendes Wort gewählt werden konnte. Gab es nun eine getheilte Gewehre, so gab es also zunächst beim Lehen ein getheiltes Dominium. Sobald aber einmal dieser Begriff, auf Ansichten beruhend, in welchen die Glossatoren gleichsam selbst aufwuchsen, sich festgestellt hatte, wurde er auch bald auf andere Institute übertragen, bei welchen sich ähnliche Verhältnisse antreffen ließen. Dazu erschienen besonders drei Institute des canonischen Rechtes, welches hierin von Germanisch-rechtlichen Einflüssen nicht ganz unabhängig war, die Locatio ad longum tempus, der Contractus libellarius und die Precaria geeignet, aber auch zwei des Römischen Rechtes wurden, allerdings auf Grund eines Mißverständnisses desselben, in gleicher Weise aufgefaßt, Emphyteuse nämlich und Superficies. Die Glossatoren gaben in allen diesen Fällen mit Einschluß des Lehnsverhältnisses demjenigen, zu Gunsten dessen die Theilung von Rechten vor sich gegangen war, die Klagen des Eigenthümers utiliter, und bezeichneten demnach das Herrschaftsverhältniß selbst mit dem Ausdrucke Dominium utile, im Gegensatze dazu nannten sie die Herrschaft dessen, der die Uebertragung von Rechten vorgenommen hatte, Dominium directum. Es beruht demgemäß die Eintheilung selbst auf dem Einflusse Germanischer Rechtsprincipien, die Bezeichnung der durch die Theilung entstehenden Verhältnisse auf der Unterscheidung des Römischen Rechtes zwischen Actiones directae und utiles. Diesen letzten Umstand hat man indessen bei der Reception des römischen Rechtes nicht gehörig im Auge behalten, indem man bei dem Dominium utile nicht an die Actio utilis, sondern vielmehr an das Uti schlechthin dachte, und daher jenen Ausdruck mit Nutzeigenthum übersetzte. Wäre man dieser Ansicht länger gefolgt, so würden wiederum noch mehrere andere Germanische Rechtsverhältnisse unter den Begriff des Dominium utile gestellt worden sein; man gab indessen diesen Gesichtspunkt auf und schloß sich an den Sinn der Glosse an, weshalb der Begriff des Dominium utile eben nur auf die oben genannten sechs Institute anwendbar ist.“

II. Vom deutschen Eigenthum.

§. 8. Terminologie.

Die ältesten Rechtsquellen haben für Eigenthum die Ausdrücke proprietas [1]), proprium [2]), dominium [3]), dominatio [4]) und dominicatio [5]); die im Eigenthum liegende Herrschaft wird mit dominare [6]) und dominicare [7]) bezeichnet [8]). Der Eigenthümer heißt dominus, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand des Rechts eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist [9]). Daß für das deutsche Eigenthum dieselben Ausdrücke vorkommen, welche für das römische gebraucht werden, ist nicht zufällig, und läßt auf eine Gleichartigkeit des deutschen und römischen Eigenthums in seinen Grundbestandtheilen deshalb schließen, weil das römische Recht in den germanischen Reichen stets bekannt gewesen ist, und man ohne eine wesentliche Uebereinstimmung der Eigenthumsverhältnisse in beiden Rechten, die Terminologie des römischen nicht angenommen haben würde. Die spätern Rechtsquellen gebrauchen in der Regel dieselben Ausdrücke auch in Verbindung, z. B. dominium et proprietas, proprietatis dominium. In den deutsch geschriebenen Quellen findet sich am häufigsten Eigen, seltener Eigenschaft und Eigenthum, jedoch kommt der erste Ausdruck schon in Urkunden des dreizehnten [10]) und der letzte im Anfange des vierzehnten Jahrhunderts vor [11]).

---

1) L. Alam., tit. 84 (85).
2) C. 1, an. 812, c. 1.
3) L. Burg., tit. 24, §. 4.
4) Marc., form. lib. 1, n. 33 et 35. App. Marc., n. 26.
5) du Cange, gloss. h. v.
6) Marc., form. 1, 31.
7) du Cange, h. v.
8) Dominare wird aber auch im weitern Sinne von dem bloßen Innehaber gebraucht, app. Marc., n. 42.
9) L. Sal., tit. 13, §. 2; tit. 26, §. 1; tit. 29, §. 6. L. Burg, add. 1, tit. 2.
10) Urk. v. J. 1296 (in Schilteri, gloss. p. 543. Haltaus, gloss. h. v. p. 285).
11) Urk. v. J. 1315 — dedimus proprietatem dictam Egendom super quibusdam bonis (de Westphalen, mon. ined. t. 3, p. 578). Urk. v. J.

§. 8. Wesen des Eigenthums.

Als charakteristisches Merkmal des Eigenthums wird die Befugniß bezeichnet, den Gegenstand desselben willkürlich zu behandeln. In der Formel über einen Tausch bei Marculf (I, 30) heißt es: ille ipse hoc habeat, teneat atque possideat et suis posteris ad possidendum relinquat, vel quicquid inde facere voluerit ex nostra commutatione liberam habeat potestatem [1]). In der über Eigenthumsübertragungen aufgesetzten Urkunde ist daher dieses Recht des Eigenthümers in der Regel ausdrücklich hervorgehoben [2]), und durch Angabe der im Einzelnen darin enthaltenen Befugnisse genauer bezeichnet [3]). In einem Diplom Karl's des Dicken über eine Schenkung mehrerer Villen v. J. 877 heißt es: — ita videlicet, ut haec omnia supradicta in proprietate habeat, — habeatque potestatem habendi, donandi, vendendi, commutandi et quicquid inde facere voluerit, sicut lex et justitia de proprietate concedit habendum [4]). Kaiserrecht Th. 2, Cap. 90. Wellichem man god hot gegebin eygen gut Der sal wissen Daz he med syme gude mag thun waz he wel [5]).

Das Recht des Widerspruchs gegen Veräußerungen, welches

1322 — plenam proprietatem quae vulgariter dicitur Eghendam (das. t. 2, p. 84). Urk. v. J. 1323 (das. p. 91). Urk. v. J. 1347 (ab Erath, cod. dipl. Quedlinb., n. 267, p. 475). Vrgl. Haltaus, l. c., v. Eigenthum.

1) Ib. I, 17; II, 4. 6. 11. 19. 20. 23. 24. Form. Sirmond. 16. Form. Lindenb. 50. Form. Andegav. 4.

2) Urk. v. J. 678 (bei Mabill., de re dipl. lib. 6, n. 40); v. J. 760 und 778 (b. Schoepfl., Als. dipl. I, n. 32 u. 55). Dipl. des Königs Otto II. v. J. 974 (ab Erath, cod. dipl. Quedl., n. 21, p. 16); v. J. 978 (das. n. 24, p. 18). Dipl. Heinrich's III. v. J. 1043 (Mon. Boic. t. 24, p. 313).

3) Form. Andeg. 9.

4) Neugart, cod. dipl. Al. I, n. 305. Vrgl. Schenkungsurk. des Königs Arnulf v. J. 888 (Mon. Boic., t. 31, p. 1, n. 60, p. 127; ferner das. n. 63, p. 132, a. 891). In einem Diplom Karl's des Dicken v. J. 880 (Neug. l. c., n. 519) heißt der Schluß wohl irrthümlich: sicut lex et industria unicuique de proprietate sua concedit habendum.

5) Urk. v. J. 1315 (Mon. Boic., t. 18, p. 78).

sich besonders im spätern Rechte [1]) zu Gunsten der nächsten Erben ausbildete, kann nicht dafür angeführt werden, daß das deutsche Recht kein Eigenthum gekannt habe, denn das Veräußerungsrecht ist als ein wesentlicher Bestandtheil des Eigenthums nicht anzusehen, so daß dieses ohne jenes nicht bestehen könne; daher findet auch das römische Recht, wiewohl es eine freie Veräußerungsbefugniß als regelmäßig im Eigenthum enthalten ansieht, darin keinen Widerspruch mit dem Begriffe desselben, wenn dessen Unveräußerlichkeit durch Gesetz, Testament oder richterliche Verfügung ausnahmsweise festgesetzt ist.

Dieses deutsche Eigenthum kann man aber nicht einen gewährten Besitz nennen; denn es konnte dasselbe an Grundstücken nur durch ein feierlich abgeschlossenes Rechtsgeschäft erworben werden, ohne daß es hierzu noch der Ergreifung des Besitzes bedurft hätte [2]). Aber wenn auch dieselbe zur Erwerbung des Rechts für nöthig gehalten wäre, eine Ansicht, von welcher einige spätere Rechtsquellen allerdings ausgehen, indem sie sogar noch eine gewisse Dauer des Besitzes (von drei Tagen und Nächten) verlangen [3]), so würde daraus dennoch nicht folgen, daß das übertragene Recht nur ein gewährter Besitz und kein Eigenthum sei. Insonderheit aber setzt es die aus dem deutschen dominium hervorgehende Klage und der dabei zu führende Beweis außer Zweifel, daß dasselbe als ein wahres Eigenthum angesehen werden müsse. Der dominus hat nämlich gegen jeden, welcher ihm den Besitz der Sache vorenthält, eine Klage auf Herausgabe, und der vom Kläger zu führende Beweis ist nicht auf eine widerrechtliche Entziehung des Besitzes, sondern auf das ihm zustehende Recht selbst gerichtet [4]). Die Verhandlungen über einen Eigenthumsproceß aus dem J. 748 mögen hier einen Platz finden: Cum resedissit

1) Beseler, Erbv. Th. 1, §. 5.

2) Cap. 1. Ludov. Pii a. 819, c. 6. Albrecht, Gew. §. 8. Beseler, a. a. O., §. 4.

3) Mon. Boic., t. 6. n. 1, p. 9 (zwischen den Jahren 1008 u. 1017). Es tradirt Jemand ein Grundstück an das Kloster Tegernsee, quod patrimonium fiscalis Advocatus P. manu sua cum accepisset, triduana sessione legitime peracta, in jus Abbatis vendicavit. Albrecht, a. a. O., S. 75.

4) L. Bajuv. tit. 16. c. 1, §. 2; tit. 17. c. 2.

— Pippinus Major domus — in palatio publico ad universorum causas audiendas — ibi veniens femina aliqua C. nomine hominem aliquem nomine H. advocatum sancti Dionisii — interpellabat, repetens ab eo, quod casa sancti Dionisii — haberet res suas malo ordine in loco qui dicitur in M. casam et mansum et vineas et mancipia. Sed ipse H. in praesenti adstabat et taliter dedit responsum, quod instrumenta haberet, qualiter ipsas res W. — ad ipsam casam sancti Dionisii condonasset. Unde et de praesenti ipsum instrumentum ante nos ostendit relegendum, et nos ipsa instrumenta invenimus veracia. Et postea ipsa C. instrumentum ipsum visa fuit recredidisse (als ächt anerkennen). — Proinde nos — visi fuimus judicasse, ut quia praefata C. ipsum instrumentum visa fuerat recredidisse et nos ipsa invenimus veracia — propterea jubemus, ut ipse H. mansum — contra C. in causa sancti Dionisii omni tempore habeat evindicatum *). In diesem Falle war von dem verklagten Besitzer das Recht des Klägers nicht blos geleugnet, sondern überdies die Behauptung aufgestellt, daß ihm selbst das Eigenthum zustehe (contravindicatio), und auch gleich der Beweis des Erwerbs des Rechtes geführt. Auf gleiche Weise findet sich der Eigenthumproceß im schwäb. Landrecht, Cap. 121: Klagent zwen mann auf eyn gut und sprechen es habs inen jr herre oder eyn ander man zu eygen geben oder ze lehen gelihen — In (ihnen) sol der richter eynen tag geben das sy beyd ire gewereu bringen.

Einen possessorischen Proceß im Gegensatz des petitorischen im heutigen Sinne scheint das älteste Recht nicht gekannt zu haben, und bei der Schnelligkeit, mit welcher die Rechtsstreitigkeiten entschieden wurden, da das einfache Beweisverfahren in der Regel mit der Anstellung der Klage und der Vertheidigung dagegen verbunden wurde, war auch ein noch schnelleres Possessorium durchaus überflüssig. Der Eigenthümer war aber keineswegs genöthigt, gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz widerrechtlich entzogen hatte, mit der Eigenthumsklage aufzutreten, vielmehr bestimmt die

*) Mabill., de re dipl. lib. 6., n. 37. Mehrere hierher gehörige processualische Verhandlungen sind abgedruckt in den Beilagen zu: Buchner, Das öffentl. Gerichtsverfahren.

lex Bajuv., tit. 16, c. 1, §. 1, daß der, welcher das Grundstück eines Andern eigenmächtig in Besitz nimmt, dasselbe wieder räumen und eine Buße von 6 Solidi bezahlen soll [1]).

§. 4. Subject des Eigenthums.

Die Möglichkeit Eigenthum zu haben, war an sich an keinen besondern Stand geknüpft. Der Stand hatte nur Einfluß auf die besondere Art des Eigenthums, die durch dessen Verfolgbarkeit in den verschiedenen Gerichten bedingt war. Der Unfreie war nämlich von der Theilnahme an den Volksgerichten, und daher in ihnen von der Verfolgung des Eigenthums in eigner Person ausgeschlossen. Der Herr desselben erschien hier als der wahre Eigenthümer. Innerhalb des Gebietes des Hofrechts dagegen, d. h. in allen Verhältnissen, in welchen der Unfreie seinem Herrn oder andern Unfreien desselben gegenüber steht, kann er sein Eigenthum im Hofgericht verfolgen [2]). Die ältern Rechtsquellen legen

---

1) In den geistlichen Gerichten, in welchen das römische Recht immer gegolten hat, ist der possessorische Proceß wohl stets in Uebung gewesen. Der älteste mir bekannte Streit über den Besitz ist ein zwischen dem Bischof Albert von Freisingen und den Grafen Berthold von Tyrol und Arnold von Greifenstein über den Besitz eines Neubruchzehnten um das J. 1170 geführter, und von dem Bischof Albert von Trident, auf den Grund von Zeugenaussagen, entschiedener Proceß (Meichelb., hist. Fris. pars instr. n. 1348, p. 562). Bemerkenswerth ist eine Entscheidung des Domcapitels zu Regensburg in einer Besitzstreitigkeit über Zehnten v. J. 1275. — Tandem quia nobis auditis Juribus utriusque partis constitutis evidenter cunctis juris Solemnitatibus observatis, quod praedictus Abbas Monasterii in P. super dicta possessione decimarum — per ipsum Chunradum Decanum — per violentiam fuerat destitutus, Nos ipsum Abbatem — ad eandem possessionem duximus restituendum Justitia mediante, quam de facto amiserat, non de Jure, servata tamen quaestione proprietatis parti adversae, si quando jus suum contra ipsum Monasterium duxerit prosequendum. (Mon. Boic. t. 15, p. 185; vrgl. ein anderes Urtheil v. J. 1289 das. t. 16, p. 297.) Erst mit der Verbreitung des römischen Rechtes ging das Possessorium auch in die weltlichen Gerichte über. In dem in das 15. Jahrh. gesetzte Gerichtsbüchlein (Senckenb., c. j. G. t. 1, p. 2, pag. 151) wird schon spolium, possessorium und petitorium unterschieden.

2) Albrecht, a. a. O., §. 26.

auch ausdrücklich dem Unfreien Eigenthumsrechte bei. Nach einer Constitution Otto's I. u. II. v. J. 969 [1]) soll jeder Servus zum Zeichen seiner Unfreiheit seinem Herrn jährlich einen Denar geben; darauf heißt es c. 4: quod si aliquis servus aecclesiae hoc nostrum edictum servare neglexerit, omnium bonorum suorum medietate mulctetur; und nach einer gegen das Jahr 1140 aufgesetzten Urkunde [2]) übergibt Jemand einen servus omnemque ejus proprietatem einem Kloster.

Dieses Vermögen des Unfreien bestand nicht etwa blos aus beweglichen Sachen, sondern auch Grundstücke konnten demselben zu Eigen (nach Hofrecht) zustehn.

Urk. v. J. 933 (bei Neugart, cod. d. Al. 1, n. 721):

Ego — abba monasterii S. Galli. In notitiam venire desidero quod quidam servus S. Galli nomine P. ex studio suo et labore unam hubam in S. acquisivit, nec non in R. quorundam hominum proprietatem comparavit, insuper etiam XXX agros in T. sitos acquisivit, quae utique omnia nobis in concambium tradere curavit.

Urk. v. J. 1163 (b. Günther, cod. Rh. M. 1, n. 179):

— notum esse volumus — qualiter homines quidam curie nostre que est in W. attinentes vir unus et due mulieres — vineam satis utilem obtulerint. ea videlicet ratione. ut a servili conditione emanciparentur. et cere censuales ecclesie nostre constituerentur. Nos autem communicato consilio cum ecclesia et hominibus et ministerialibus nostris. qui fructum vinee magis curie expedire judicabant, quam pensionem trium capitum defectui succumbentium. petitioni eorum annuimus [3]).

Was insonderheit die Ministerialen anlangt, so ist für diese das Recht, Eigenthum nach Hofrecht zu haben, noch viel weniger einem Zweifel unterworfen.

1) Pertz, mon. t. 4, p. 34.
2) Mon. B., t. 1. n. 21, p. 28.
3) Nach der L. Bajuv. tit. 15, c. 7, kann sich der Unfreie mit seinem eigenen Vermögen nicht freikaufen, ein Grundsatz, der in England noch zu Ende des 12. Jahrh. galt. (Glanvilla, tract. de legibus lib. 5, c. 5, §. 2. Potgiesser, de statu servorum, p. 534.)

Cap. Car. M. 1, a. 812, c. 5:
De hominibus — episcoporum et abbatum, qui vel beneficia vel propria habent.

Ausspruch im Fürstengericht zu Augsburg unter Otto IV. im J. 1208 (Pertz, mon. t. 4, p. 215).
Item quaesivit (Tridentinus episcopus) in sententia si aliquis ministerialis alicujus ecclesie de bonis suis sive patrimonialibus sive feudalibus aliquid possit alienare — sine manu et domini sui licentia? Et dictatum est in sententia quod hoc fieri non possit, quia sic ecclesia ad nimiam paupertatem redigeretur.

Urk. v. J. 1250 (Mon. B. t. 1, p. 202):
— ministerialis — quandam curiam suam que jure proprietatis justo titulo possederat, pro remedio — anime Ecclesie O. — legavit [1]).

Gegen dieses dem Hofhörigen und Ministerialen zustehende Eigenthum läßt sich nicht einwenden, daß der Herr das Recht gehabt habe, dieselben mit ihrem ganzen Vermögen zu veräußern [2]), und daß nach dem sächsischen (B. 1, Art. 35) und schwäbischen Landrecht (C. 47) der Dienstmannen und eignen Leute Eigen wegen Vergehen derselben nicht confiscirt werden, sondern ihrem Herrn verbleiben solle, weshalb man diesen vielmehr für den Eigenthümer ansehen müsse. Durch die Verfügung über den Unfreien nämlich verfügte der Herr auch über dessen Vermögen; der Unfreie wechselte aber hierdurch nur den Herrn, dem es keineswegs gestattet war, das Vermögen desselben auch außerdem als das seinige zu behandeln; nur über die Grenze des Hofrechts hinaus galt der Herr als der Eigenthümer der Habe des Unfreien [3]). Ferner ergibt die oben angeführte Constitution Otto's I. u. II. v. J. 969, daß eine Confiscation des Vermögens des Unfreien allerdings eintreten konnte; und wenn gleich später der in dem Ausspruch des Fürstengerichts v. J. 1208 (s. oben) angege-

---

1) Urk. v. J. 1261 (Mon. B. t. 22, p. 221). Urk. v. J. 1236 (Ried, cod. dipl. Ratisb. t. 1, n. 393). — Albrecht, a. a. O., S. 310.

2) Herrgott, gen. dipl. gent. Habsb. II. n. 3, p. 3, a. 744; n. 7, p. 5, a. 758; n. 9, p. 6, a. 764; n. 10, p. 6, a. 765. — Neugart l. c. n. 70, a. 778.

3) Albrecht, a. a. O., S. 306.

bene Grund die Veranlassung gegeben haben mochte, zu Gunsten der geistlichen Corporationen eine Ausnahme eintreten zu lassen, welche auch auf die weltlichen Herren von Unfreien in der Folge ausgedehnt wurde, so konnte doch immer nur auf den Grund eines besondern Privilegiums das dem Unfreien wegen eines Verbrechens abgesprochene Vermögen von dem Herrn desselben in Anspruch genommen werden. Privilegien dieser Art mochten freilich wohl so häufig ertheilt sein, daß die Verfasser der Rechtsbücher den Anspruch des Herrn als die Regel ansehen konnten; aber daß sich dieses Recht des Herrn nicht von selbst verstand, ergibt sich daraus, daß nicht nur solche Privilegien später noch ausdrücklich ertheilt sind [1]), sondern daß auch in einzelnen Fällen die Confiscation wenigstens eines Theiles des Vermögens des Unfreien ausdrücklich vorbehalten wurde [2]).

§. 5. Gegenstand des Eigenthums.

Gegenstand des Eigenthums waren nicht blos körperliche Sachen, sondern auch Rechte, jedoch nur solche, die auf Grund und Boden radicirt sind. Dieses gilt z. B. vom Zehntrecht. In einer Urk. v. J. 1229 ist die Rede von „dominium decimarum“ [3]), in einer andern v. J. 1315 von „Aigenschaft des Zehenten“ [4]). Ferner von Grundrenten:

Urk. v. J. 1282 (b. Haltaus, gloss. v. eigen, p. 282):
— decem Marcarum Redditus de nostris bonis in V. jure proprietatis possessos —

Urk. v. J. 1338 (Mon. B. t. 23, n. 68, p. 107):
(Ich bekenne, daß ich) Dritzehn schilling Auspurger pfenning

---

1) Priv. des Herzogs Ulrich von Kärnthen für die bischöfl. Kirche in Freisingen v. J. 1260 (Meichelb., hist. Fris. t. 2, p. 2, pag. 64). Pr. der Herzöge Otto, Ludwig und Stephan von Baiern für das Kloster Raitenhaslach v. J. 1295 (Mon. B. t. 3, p. 180).

2) Pr. des Herzogs Heinrich von Baiern für das Kloster Alderspach vom J. 1283 (das. t. 5, p. 387). Bestätigung dieses Priv. durch den Herzog Otto v. J. 1295 (das. p. 403).

3) Wenck, Hess. Landesges., B. 2, Urk. n. 111.

4) Mon. B. t. 18, p. 79; vrgl. ferner das. t. 21, n. 60, p. 437, a. 1387; n. 154, p. 540, a. 1464; t. 22, n. 78, p. 285, a. 1337; n. 151, p. 431, a. 1419; n. 153, p. 438, a. 1426.

gelts, die ich ze rechtem Aigen iaerlichen gült gehabt — verkauft — han — ze rechtem Aigen [1]).

von der Vogtei:

Urk. v. J. 1282 (de Falckenstein, l. c., n. 75):
— Unde cum predictus dominus noster Abbas — supradictam advocatiam tonavit et transtulit in — Dominum Episcopum — titulo proprietatis sive Dominii perpetuo possidendam.

Urk. v. J. 1416 (Mon. B., t. 22, n. 144, p. 411):
(Wir bekennen, daß wir) Vnser — vogteye vnd vogtreht vff des Gotzhawss hof — als wirs — von recht oder gewonhait mangew Jar mit nutz mit gewer vnd in stiller gewer herbraht — vnd rehts aigen gewesen ist für ein freys — gut vnd für rehts aigen — verchaufft — haben [2]).

vom Patronatrecht:

Urk. v. J. 1302 (de Falckenstein, l. c., n. 133):
— dictus miles — Jus Patronatus ejusdem Ecclesiae jure proprietatis et Dominii, quod ipsum — possidebat, in nos — transtulit.

Urk. v. J. 1308 (Mon. B., t. 24, n. 29, p. 341):
— die Chirchensätze di sin rechtez aigen waren — [3]).

von der Gerichtsbarkeit [4]) u. s. w.

III. Von dem sogenannten getheilten Eigenthum.

§. 6. Von dem Besitz nach Lehenrecht.

Das deutsche Eigenthum enthielt in der frühesten Zeit die vollständigste Herrschaft über die Sache, welche durch die Ausdrücke dominium, dominatio, rem dominare sehr passend be-

1) Vrgl. de Falckenstein, cod. dipl. Nordg. n. 177, a. 1313. — Mon. B. t. 18, n. 293, p. 338, a. 1417; t. 26, n. 444, p. 534, a. 1478.

2) Meichelb., l. c. t. 2, p. 2, p. 39, a. 1253. — Mon. B., t. 22, n. 156, p. 445, a. 1430; t. 23, n. 77, p. 127, a. 1344; t. 24, n. 73, p. 91, a. 1343.

3) de Falckenstein, l. c. n. 144, a. 1304. — Mon. B., t. 8, n. 55, p. 225, a. 1330; n. 56, p. 230, a. 1331.

4) Günther, cod. Rh. M. t. 4, n. 236, a. 1451.

zeichnet wird. Der Eigenthümer konnte die Sache auf jede mögliche Art gebrauchen, da die der Staatsgewalt als Regalien zugewiesenen Nutzungen der Grundstücke erst spätern Ursprunges sind [1]), gleichwie die Beschränkungen in der freien Befugniß der Veräußerung. Eine unwiderrufliche Uebertragung der Benutzung auf einen Andern war dem ältern Rechte fremd, indem das Lehen anfänglich einen ganz precären Charakter hatte (beneficium) [2]). Dasselbe konnte daher in seinem Ursprunge durchaus keine Veranlassung zu der Ansicht geben, daß ein Theil der Eigenthumsrechte auf den Lehensmann übergegangen sei; und wenn derselbe auch später ein lebenslängliches, nur aus bestimmten Gründen widerrufliches Recht am Lehen erlangte [3]), zu welchem im Verlauf der Zeit die Erblichkeit hinzukam [4]), so trat doch, ungeachtet die freieste Benutzung auf den Vasallen übergegangen war, das dem Lehensherrn verbleibende Recht der Consolidation als der eigentliche Kern des Eigenthums charakteristisch genug hervor, um welchen die auf den Vasallen übertragenen Rechte nach deren Erlöschung sich wieder ansammeln.

Die longobardischen Lehenrechtsbücher sprechen es auf das Bestimmteste aus, daß der Vasall kein Eigenthum habe, sondern daß dieses einem Andern zustehe.

> II, F. 8, §. 2: Quoniam enim possessio per beneficium (Gewere nach Lehenrecht) ad eum (vasallum) pertineat, tamen proprietas ad alium spectat [5]).

Daher wird auch in II, F. 8 pr. vom Vasallen gesagt, ut tanquam dominus a quolibet possidente possit sibi quasi vindicare, wobei sich in der Glosse auf die dem Emphyteuten und Superficiar zustehende rei vindicatio utilis bezogen wird.

Auf gleiche Weise wird in den deutschen Rechtsquellen der Gegensatz zwischen Lehen und Eigen stets ausdrücklich hervorgehoben. Ehe ich auf diese Nachweisung übergehe, ist die Bemerkung vorauszuschicken, daß Eigen bisweilen alles das bezeichnet, was Jemand sein Vermögen nennen kann, und in dieser weitern Bedeutung kann daher ein Lehengut ebensowohl ein eignes des Lehensherrn als des

1) Eichhorn, R. G. §. 58.
2) Das. §. 26, 27.
3) Das. §. 119, 201, 205.
4) Das. §. 141, 234 a., 259 Note b. u. c.
5) II. F. 23, §. 2.

Vasallen genannt werden *). Wenn aber von dem Verhältniß zwischen dem Rechte des Lehensherrn und des Vasallen am Grundstücke die Rede ist, so wird immer nur das erste Eigen genannt:

Urk. v. J. 1295 (b. de Falckenstein, l. c., n. 111):

Curiam sitam in F. quam — O. de R. et fratres sui a nobis jure possident ac titulo feudali — nec non omnia et singula alia seu feuda per ipsam Villam F. constituta quorum proprietas et Dominium ad nos spectare dignoscitur, eidem Domino Episcopo — donavimus.

Urk. v. J. 1302 (das. n. 130):

Partem curie — quam — C. — titulo feudali tenuit et possedit a nobis, quoad jus proprietatis et dominii nobis competens in eadem — in Dominum Episcopum transtulimus.

Urk. v. J. 1378 (das. n. 273):

Ich — tun chunt — daz ich den — Grafen zu Oetingen vfgeben han — alle die Gut — die mein rechte aygene Gut bisher gewesen sint, vnd von meinen obgenanten Herrn von Oetingen wider zu Lehen empfangen han — die alle fürbaz Lehen sint vnd nit mer aygen.

Bibrauer Weisthum v. J. 1385 (bei Grimm, Deutsch. R.-A., S. 502):

Wir wisen uf unsern eid Biger mark, walt, wasser und weide — den merkern zu rechtlichem eigen u. han die von niemand ze lehen — dan sie ir recht eigen ist.

Dieser Sprachgebrauch zeigt sich besonders dann, wenn Rechtsgeschäfte beschrieben werden, durch welche der Lehensherr sein Recht entweder zu Gunsten des Vasallen oder eines Dritten, an welchen der Vasall das Lehen verkauft hat, aufgibt, und also das bisherige Lehen in der Hand des Vasallen oder des Käufers in Eigenthum verwandelt wird.

Auf den ersten Fall beziehen sich folgende Stellen:

Urk. v. J. 1145 (bei Wenck, Hess. Landesgesch., B. 2, Urk. 67):

Reddidit enim nobis (dem Abt zu Hersfeld) idem Comes (von

*) Schilter, cod. jur. feud. c. 64, §. 4; in glossar. p. 258. — Haltaus, gloss. v. eigen. p. 283. 3.

Henneberg) quatuor mansos in W. positos, quos ipse beneficiario jure ab Ecclesia nostra habuerat, ea videlicet conditione, ut eosdem mansos — ipsi et heredibus ejus in proprietatem perpetuam legitimam traderemus.

Urk. v. J. 1409 (Mon. B. t. 21, p. 62):

(Wir bekennen) das wir verchauft vnd vergeben haben H. H. vnd allen seinen erben Vnser lehenschaft die wir gehabt haben auf seinem gütel. — Also aigen wir (die Lehensherren) Im vnd sein erben das egenant gütel vnd sagen sy auch der egenanten lehenschaft quit ledig vnd los.

Urk. v. J. 1420 (das. t. 18, n. 308, p. 359):

Wir Ernst vnd Wilhalm von gotz genaden Pfallzgrauen — Bekennen — vmb die Zway gut — die L. R— von vns ze lehen gehabt hat, daz wir Jm — der lehenschaft der obgenanten gut — vertzigen vnd die Jm vn seinen erben übergeben vnd geaigent haben *).

Auf den zweiten Fall:

Urk. v. J. 1297 (Mon. B. t. 18, n. 26, p. 27):

Wir Rudolf von gots gnaden phalnzgrave ze dem Rein — tvn chvnt — daz vnser getriwer Diener N. N. hat verchauffet mit vnser gunst — den frawen sant Chlaren Ordens ze Munchen zwen Höf — vnt an (eine) Mül — vnd die selben Hoef hat es (leg. er) in (ihnen) geben für ein vreiez eigen, So geben wir in (ihnen) eigenschaft an der Mül die vor (vorher) leihen von vns ist gewesen. Die zwei Höfe, welche im Eigenthum des Verkäufers waren, wurden als solches übergeben; die Mühle aber war Lehen, und daher erklärt der Lehensherr, daß er den Käufern gleichfalls Eigenthum an derselben übertragen wolle.

Urk. v. J. 1310 (das. n. 65, p. 64):

Wir Rudolf vnde Ludweich von gots genaden pfallenzgrafen bei dem Rein — tuon chunt — wan Agnes — iren Hof ze M— den si von vns (ze) Lehen het, hat gegeben dem Chloster vnd den vrawen sant Chlaren ordens ze

---

*) Das. n. 362, p. 418, a. 1438; n. 378, p. 436, a. 1445.

Munchen — haben wir den selben vrawen diu aigenschaft dez selben hofs gegeben.

Urk. v. J. 1326 (das. t. 23, n. 39, p. 58):

(Der Lehensmann gibt hier sein Lehen an ein Kloster und bewegt den Lehensherrn, auch sein Recht zu Gunsten desselben aufzugeben) do gaben wir (der Lehensherr) den vorgenanten Herren von sant Ulrich — die Aigenschaft — vnd verzihen vns — aller der rechten, die wir — haben möhten — ez si von Aygenschaft oder Lehenschaft [1]).

In den vorstehenden Urkunden wird das Recht des Lehensherrn am Lehen Eigenschaft oder Lehenschaft [2]) genannt, und zeigt sich darin als das ausschließliche Eigenthum, daß nur vom Lehensherrn, wenn er zu Gunsten des Vasallen oder des Käufers darauf verzichtet, gesagt wird, daß er die Lehenschaft eigne, daß er Eigenschaft an dem Gute übertrage. Die Herrschaft, welche dem Lehensherrn und dem Vasallen über dieselbe Sache zusteht, ist daher für beide nicht ein sich gegenseitig beschränkendes Eigenthum. Wenn die entgegengesetzte Ansicht die richtige wäre, so würde, wenn der Vasall sein Recht am Lehen veräußert, und der Lehensherr zu Gunsten des Erwerbers auf sein Obereigenthum verzichtet, also beide das ihnen gegenseitig zustehende Eigenthum übertragen, in den Quellen nothwendig die Wendung vorkommen müssen, daß beide das Lehen dem Erwerber geeignet hätten; allein statt dessen heißt es stets, daß der Vasall sein Lehen verkauft oder verschenkt, und daß der Lehensherr dasselbe dem Käufer oder Schenker geeignet habe.

Daraus nun, daß nur dem Lehensherrn Eigenthum beigelegt wird, erklärt es sich auch, daß die Rechtsquellen dieses Eigenthum mit einem besondern Prädicate nicht bezeichnen, denn der Ausdruck inwert aigen, welcher das Obereigenthum bezeichnen soll [3]),

---

1) Das. t. 18, p. 23, a. 1296; p. 112, a. 1325; p. 118, a. 1327; p. 131, a. 1331; p. 280, a. 1404. t. 21, p. 392, a. 1305. t. 22, n. 63, p. 265, a. 1330.

2) Hin und wieder heißt auch das Recht des Vasallen Lehenschaft (Mon. B. t. 5, n. 27, p. 483, a. 1344; t. 23, n. 51, p. 77, a. 1331. — Haltaus, gloss., v. lehnschaft); eine gleiche doppelte Bedeutung hat der Ausdruck Lehnsgewere (Albrecht, a. a. O., S. 7 f.).

3) Grimm, Deutsche R.-A., S. 562, Note **. — Schmeller, Bayer. Wörterb., Th. 4, S. 161.

hat wahrscheinlich eine ganz andere Bedeutung [1]. Der Lehensherr heißt daher schlechthin **Eigenherr** [2].

---

1) **Haltaus**, v. inwarts eigen, erklärt es durch bona propria incorporata, welchem **Phillips**, Deut. Priv.-R., S. 325, Note 14, beizustimmen scheint, indem es so viel als **eingewehrtes Eigen** bedeuten soll. Dieß scheint die richtige Ansicht, sofern diese Ausdrücke ein solches Grundstück bezeichnen sollen, welches in einer bestimmten Feldmark (Hofmark) liegt, und einem bestimmten Gerichte unterworfen ist. Es kommt hierbei nichts darauf an, ob dem Gerichtsherrn das volle oder nur das Obereigenthum, oder einem Dritten das volle oder nur das Untereigenthum zusteht. Die Unterwerfung unter ein bestimmtes Gericht hat die Folge, daß ein solches Gut unter der Auctorität dieses Gerichtes übertragen und der neue Erwerber in das Gut eingewert werden muß. (**Haltaus**, v. einwaeren). Urk. v. J. 1256 (**Meichelbeck**, l. c. t. 2, p. 2; instrum. pag. 21): Notum esse cupimus, quod Uto de Salmanskirchen nec non A. uxor ejusdem existentes de familia Ecclesiae Frisingensis possessiones suas in eadem villa sitas et utrique **jure proprietario** portionaliter pertinentes — quae possessiones sitae in villa praedicta semper et sine lite fuerunt de possessionibus Frisingensis Ecclesiae, quod vulgo dicitur **in Wertsaigen**, dederunt in remedium animarum suarum. Das Grundstück gehörte als Eigenthum einem Ministerialen der freising. Kirche und lag in der Hofmark der Villa Salmanskirchen. Urk. v. J. 1295 (**Mon. B.** t. 3, n. 78, p. 181): Ist aber, dass man des Gotshaus man ainen anspricht um aigen und um Lehen, und dass dasselb aigen, und Lehen des Mannes ist, dem man darüber anspricht, und nicht das Gotshaus, der sol das Recht von unsern (des Herzogs von Baiern) Richtern tün und nicht von den Abbt; an (ausgenommen) die Leut, di des Gotshaus **inwertz aigen** habent, das sol der Abbt — selber richten. Diese Stelle scheint von der Verleihung der Hofmark-Gerichtsbarkeit verstanden werden zu müssen, wie sie oft, z. B. in dem Hofmarks-Recht des Klosters Rot (gegen 1400), vorkommt: Es hat das Gotshaus in der Hofmark zu richten umb Grund und Poden erb und eigen was darein und darzu gehört so ver und weitt der Pflueg und die Sänsen derselben Hofmark Gründt und Poden raicht (**Mon. B.** t. 2, p. 101). Jene, sowie mehrere andere von **Schmeller** angeführte Urkunden können auf das Obereigenthum nicht wohl bezogen werden, besonders spricht aber gegen diese Deutung eine Urk. v. J. 1400 (**Mon. B.** t. 2, n. 227, p. 56): Ich C — (und) D. mein wirtin verjehen daz wir vermacht und **geaigent** haben unser Gut zu K. das **einwaerts aigen** ist des Gotshaus ze Rot zu rechter heurats gut Hainrich dem Taenner und unser lieben Basen, — denn es wird hier das volle Eigenthum übertragen.

2) **Mon. B.** t. 25, n. 170, p. 396, a. 1481; n. 211, p. 489, a. 1493; n. 249, p. 565, a. 1497; n, 179, p. 422, a. 1485.

§. 7. Von dem Besitz nach Hofrecht.

Der Besitz nach Hofrecht beruhete, gleichwie der nach Lehenrecht ursprünglich auf der Gnade des Herrn [1]). Eine feste Sitte trat aber bald an die Stelle der Willkür, und der Hofmann erlangte ein Recht am Gut, welches auf die Erben überging [2]). Am frühesten kommt ein Erbrecht in dem Falle vor, wenn bei einer an die Kirche geschehenen Tradition dieses ausbedungen wurde [3]). Aber schon seit dem 9. Jahrh. bildet sich nach und nach die Regel, daß der Hofhörige am Hofgut ein erbliches Recht habe; und nur aus bestimmten Gründen, vornehmlich wenn er mit den jährlich zu entrichtenden Leistungen im Rückstand blieb, konnte er durch das Urtheil der Genossen im Hofgericht des Gutes entsetzt („enterbt") werden [4]).

Lehenbrief vom Jahr 1136 (b. Günther, Cod. Rh. M. t. 1. n. 111):

> Ego Godefridus gratia Dei prepositus in domo sancti Petri Treviri — notum esse volumus. qualiter uineam unam salice terre — in villa C— cuidam homini ejusdem curie Rezelino uidelicet suisque heredibus colendam concessimus — ea scilicet ratione. ut diligenter eam colant. et fratribus

---

1) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw., Th. I, S. 163 ff. — Eichhorn, Rechtsg., §. 62 a.

2) Die Erinnerung an die ursprünglich precäre Natur des hofrechtlichen Besitzes hat sich, auch nachdem derselbe schon längst erblich geworden war, in dem dafür vorkommenden Ausdruck Gnade erhalten. Mon. B. t. 15, n. 52, p. 335, a. 1437, wo ein Hofmann „dy gnad vnd pawrecht", die er auf einem Hof gehabt, dem Leiheherrn verkauft; vgl. das. n. 30, p. 302, a. 1367.

3) Urk. v. J. 789 (b. Schoepflin, Als. dipl. t. 1, n. 63). — v. J. 798 (bei Neugart, cod. dipl. Al. t. 1, n. 135). — vom J. 776 (Herrgott, geneal. dipl. gent. Habsb. t. 2, n. 15, p. 8). — v. J. 779 (das. n. 17, p. 9).

4) Diplom des Kaisers Heinrich III. v. J. 1056 (ab Hontheim, histor. Trevir. dipl. t. 1, p. 399). — Diplom des Kaisers Heinrich IV. v. J. 1065: Si propter census negligentiam vel ob quamlibet etiam culpam mansus aut possessio alicujus hominis in placito abbatis publicatum sive dominicatum fuerit (das. p. 409). — Urk. v. J. 1135 (das. p. 527).

dimidiam partem uini tribuant. dimidia parte sibi retenta. Et ne cuiquam preposito uel canonico qui fuerat predicte uille procurator eandem curiam illis auferre liceat. nisi vel solitudinis uel fraudis conuincantur. et judicio parium suorum ab hac hereditate alienentur. hanc cartam sigilli sancti Petri impressione signauimus.

Schon in Urkunden des 10. Jahrhunderts wird bei einzelnen Höfen die Erblichkeit der Leihen als etwas schon längst Bestehendes erwähnt [1]). Aber nicht überall trat dieses günstige Verhältniß für die Hintersassen ein, indem sich hin und wieder der precäre Charakter ihres Besitzrechtes erhielt [2]).

Wenn nun die Praxis dem Leihemann ein dominium utile beilegt, so ist dieses nur von dem Falle zu verstehen, wo derselbe das Gut mit erblichem Rechte inne hat. Da aber der Vasall, welcher sein Recht am Lehen nicht blos vor dem Lehenhofe seines Herrn, sondern selbst in den ordentlichen Gerichten verfolgen konnte, in keiner Beziehung als Eigenthümer anerkannt wurde, so läßt sich erwarten, daß ein Eigenthumsrecht noch viel weniger dem Hofhörigen an seinem Leihegut zugestanden sei, da er zur Vertheidigung seines Rechtes nur im Hofgericht auftreten konnte. Dieser Umstand hinderte freilich nicht, daß dem Hofhörigen Eigenthum nach Hofrecht zustehen konnte, allein es wird in den Rechtsquellen das Eigen des Hörigen von dessen Lehen immer ausdrücklich unterschieden [3]), und in Bezug auf das Lehen nur dem Herrn das Eigenthum zugeschrieben [4]).

---

1) Versicherungsbrief des Erzbisch. Theodorich von Trier für die Erbbeständer in Pillich zwischen 965 und 975 (bei Günther, I. c. t. 1, n. 22): Nouerit — — qualiter ego Theodoricus — hominibus scilicet famulis sancti Petri in potestate Pilliaco manentibus cartam confirmationis prediorum suorum et hereditatum quae habuerunt et possederunt jure hereditario ab auitis temporibus — scribere juberimus quod et fecimus eo rationis tenore ut — — possideant fauste, successoribus quandoque relinquant et liberam habeant potestatem de predictis inter se donandi vendendi commutandi.

2) Maurenbrecher, Deutsch. P.-R., §. 673, Note g.

3) S. S. 200, Note 1. — Abgedruckte Urk. v. J. 1295 im Anf.

4) In der im Text zu Note *) S. 197 angeführten weitern Bedeutung wird der Leihemann auch wohl Eigener genannt, z. B. in dem Recht des Hofes

Urk. v. J. 1293 (bei de Falkenstein, l. c. n. 104):
— duas areas — a reverendo — Episcopo Eystettensi pro me et heredibus meis recepimus jure ac titulo censuali, cum ad ipsum et Ecclesiam suam Dominium et proprietas pertineat earundem; ipsi Domino Episcopo — 12 denarios et unum pullum — nomine census annis singulis — exsolvere tenebimur.

Kaiserrecht 2, c. 101 (de Senckenb., c. j. G. t. 1):
Der gut bestet czu erbe ume eynen czins — enmag ouch vorbaz keynen man med dem gude geerbin daz er feste domede sicze Ez geschy den med dez hant dez daz gut eygen ist.

Weisth. des Dorfes Sweinheim aus der Mitte des 15. Jahrh. (b. von Fichard, Wetteravia B. 1, H. 1, S. 150):
Zu dem ersten ist eyn Apt und eyn Convent des egenanten Cloisters eyn rechter gruntherr des Dorffs Sweynheim und Im gehorent zu walt wasser und weyde zu rechter Eygenschaft, und wer daselbs etwas besitzet, das besitzet er zu rechtlichem erbe von In und von Irem cloister umb — zyns pacht und gulde.

Urk. v. J. 1471 (Mon. B. t. 17, n. 41, p. 357):
Ich — Bekenn fur mich mein eliche Hausfrawen all vnser erben vnd nachkummen — das wir — zu ainem rechten erb — vererbt haben — die gerechtigkait [1]) so wir an vnserm Hof des aigenschaft Hanns Z. Innhat — gehabt haben — dem beschaiden H. B.

Urk. v. J. 1496 (das. n. 69, p. 419):
(Wir haben verkauft) vnsere aygen Hub — die itz Stephan W. pavet vnd zu Erbe Innen hat, alles für freys ledigs vnbekumerts aygen [2]).

---

zu Westhofen, §. 7 und 9 (bei Senckenb., c. j. G. mant. doc., p. CXVI).

1) Mon. B. t. 4, n. 61, p. 391, a. 1480; t. 2, p. 427, a. 1440.

2) Schmeller, Bayer. Wörterb., Th. 2, S. 436, hält frei, ledig (lauter), eigen für gleichbedeutend mit ludeigen, welches derselbe S. 441 durch ganz eigen, allodialis erklärt, so daß es also den Gegensatz eines geliehenen Gutes bezeichnet. Diese Bedeutung kommt al-

Descript. bonor. monasterii Michelfeld a. 1500 (das. t. 25, n. 250, p. 569):

> Alle obgeschriebene dorffer mit iren Zuegehorungen — sindt mit grundt vnd poden vnsers Closters aigen — das erbe der gepauern [1]).

Daher wird auch nur der Leihe herr Grundherr [2]) oder Grund- und Eigenthumsherr [3]) genannt, und sein Recht am Grund und Boden dem des Leihemannes, welches in der Regel jus hereditarium, colonarium, Erbrecht, Baurecht heißt, entgegengesetzt.

Wenn nun nach dem Bisherigen das erbliche Recht des Hofmannes [4]) als Eigenthum nicht angesehen werden kann, so

---

lerdings vor, ist aber nicht die einzige, wie diese und mehrere andere Stellen (Mon. B. t. 18, p. 353, a. 1419; t. 25, p. 149, a. 1361) beweisen, in welchen das Eigenthum, obwohl es durch das erbliche Recht des Leihemannes beschränkt ist, ein freies lediges Eigen genannt wird. Die regelmäßige Bedeutung ist vielmehr die, daß freies lediges Eigen ein Grundstück bezeichnet, welches nicht mit Reallasten beschwert ist (Mon. B. t. 17, n. 66, p. 414, a. 1495; n. 67, ej. a.; t. 18, n. 475, p. 562, a. 1473; t. 21, n. 25, p. 322, a. 1474; n. 32, p. 333, a. 1479; t. 22, n. 102, p. 324, a. 1352). Daher wird auch ein Lehen ein lediges freies genannt (das. t. 18, p. 177, a. 1350; t. 21, p. 92, a. 1429; t. 24, p. 517, a. 1401), wenn neben der contractlichen Lehensprästation keine Reallasten darauf liegen.

1) Mon. B. t. 7, n. 4, p. 232, a. 1330.

2) Grenzhauser Weisth. aus dem 15. Jahrh. (bei de Senckenb. c. j. G. t. 1, p. 2, n. 9). Auszug aus einem Weisth. zu Oberhirzenach v. J. 1451 (Günther, cod. Rh. M. t. 4, n. 236). Pillerseer Hofmarksrecht, v. J. 1466 (Mon. B. t. 2, p. 103). Recht des Klosters Aspach (das. t. 5, p. 220). Urk. v. J. 1480 (das. t. 4, n. 61, p. 391).

3) Crumbacher Weisth. aus dem 15. Jahrh. (bei de Senckenb., l. c. n. 10).

4) In den Hofrechten wird die Erblichkeit des Rechtes in der Regel ausdrücklich anerkannt: Ryckshof Brackel Gerechtigkeit v. J. 1299 (Sommer, Handb. über d. bäuerl. Rechtsverh., Th. I, B. 2, S. 54). Recht und Privilegien des Haves Westhaven, §. 11, v. J. 1322 (das. S. 38). Jura colonorum in Ammergau v. J. 1330 (Mon. B., t. 7, p. 232). Hofrechte des cölnischen Hofes zu Schwelm zwischen den Jahren 1363 und 1359, §. 4 (Sommer, a. a. O., 66). Recht des Hofes Stockum

fragt es sich, welchen andern Rechten dasselbe zur Seite zu stellen sei. Dem Begriffe nach liegt kein Widerspruch darin, daß das erbliche Nutzungsrecht an einem Grundstücke ein persönliches, also im Ganzen ein auf die Erben übergehendes Pachtverhältniß sei. Allein das deutsche Recht hat diesen Gesichtspunkt nicht aufgefaßt, wie jetzt an mehreren Befugnissen des Leihemanns gezeigt werden soll, welche sein Recht als ein dingliches darstellen. Dahin gehört die Befugniß des Leihemannes, sein Recht am Gut mit Einwilligung des Herrn zu veräußern[1]), welche jenem in den Hofrechten und Leihebriefen regelmäßig eingeräumt ist. Wenn nun aber die Veräußerung ohne Consens unerlaubt und mit Verlust des Rechtes bedrohet war, so stand es doch nicht in der bloßen Willkür des Herrn, seine Einwilligung zu verweigern, sondern nur aus gewissen Gründen, vornehmlich wenn der neue Erwerber zur Bewirthschaftung des Gutes untüchtig und kein Genosse des Veräußerers war, konnte der Herr seinen Widerspruch durchsetzen, worüber die Genossen zu entscheiden hatten[2]). Man könnte freilich diese Uebertragung des erblichen Besitzrechtes mit einer Aftermiethe vergleichen, wenn man unpassenden Analogieen des römischen Rechtes auf dem Gebiete des deutschen Raum gönnen dürfte. Daß dem Leihemann nicht blos ein persönlicher Anspruch gegen den Leiheherrn auf Fortsetzung des Leiheverhältnisses,

---

v. J. 1370, §. 3 (das. S. 156). Jura praepositurae Köztingensis c. a. 1400 (M. B., t. 2, p. 111). Instrumentum de juribus curtis in Dursten, a. 1401, art. 7 (Sommer, S. 201). Aspeler Hofsrecht v. J. 1499 (das. 59). Rechte des Oberhofes Eickel erneuert gegen 1500, §. 19, 20 u. 23 (das. S. 76 u. 77).

1) Membrana Meinhardi abbatis de juribus Maurimonasterii c. a. 1144 (Schoepfl., Al. dipl. t. 1, n. 265, p. 226). Recht des Haves zu Westhoven alten Kluhtengerichts, §. 9 (Sommer, a. a. O., S. 36). Hofrechte des kölnischen Hofes zu Schwelm §. 5 (Sommer, S. 67). Schoplenberger Hovesrechte und Gesetze (das. S. 32). Saalbuch des Klosters Ebersheim v. J. 1320 (b. Schilter, cod. jur. feud., p. 367). Großenheimer Hofrecht (das. S. 369). Ausspruch des Fürstengerichts zu Ravenna im J. 1232 (Pertz, mon. t. 4, p. 294). Urk. v. J. 1361 (Mon. B. t. 25, n. 49, p. 149). Desgl. oben S. 201, Note 1.

2) Weisth. der Vogtei Stumm v. J. 1440 (Mon. B., t. 2, p. 428). Chiemseer Gotteshausrecht v. J. 1462 (das. S. 523 u. 525). Jura praepositurae Köztingensis c. a. 1400 (das. p. 110).

sondern ein Recht am Gute selbst zustand, ergibt sich ferner daraus, daß bei einer Veräußerung von Seiten des Leiheherrn der neue Erwerber das Recht des Leihemanns anerkennen mußte, und denselben daher ebensowenig des Gutes entsetzen konnte, als dieses dem Verleiher selbst gestattet war. Der Grundsatz: Kauf bricht Miethe galt also bei den erblichen Leihen nicht[1]). Es war dieses so wenig einem Zweifel unterworfen, daß man es nicht für nöthig hielt, bei Veräußerungen von Seiten des Leiheherrn, dem neuen Erwerber die Anerkennung des Erbrechts des Leihemanns zur Pflicht zu machen. Wenn dieses aber dennoch hin und wieder geschehen ist[2]), so kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß es dem neuen Erwerber allerdings freigestanden, den Leihemann abzutreiben, wenn eine solche Bedingung nicht gesetzt sei. Zur Bestimmung der Natur des Rechtes des Hofmannes ist endlich der Umstand entscheidend, daß demselben an dem Hofgute eine Gewere (nach Hofrecht) zustand. Die Belehnung mit dem Gute geschah nämlich im Hofgericht[3]), und gewährte nach Ablauf von Jahr und Tag Sicherheit gegen die Ansprüche Dritter:

Schoplenberger Hovesrechte und Gesetze (bei Sommer, a. a. O., S. 32:

> Item, sete vick eyn Hovesmann in eynen Hovesgude Jar und Dag sunder einige rechte byspracke und na Jar und Dage eyn queme und makede eme dat bysprecke, so sal und mag dey belende Man nemen eynen beneden sich syner Naber und enen boven sick, geschworner Hoveslyde, und sal dan syn Gud neger syn to behalden, dan eymant to eme in to gan oder af to segen[4]).

Der Hofmann hatte daher das Recht, sein Hofgut als Kläger und Verklagter im Hofgericht[5]) und später, als die Hofver-

1) Solmsches Landrecht (1571) Th. 2, Tit. 7, §. 3.

2) Urk. v. J. 1429 (Mon. B., t. 25, n. 3, p. 27).

3) Schoplenberger Hovesrecht und Gesetze (Sommer, a. a. O. S. 32). Hofrecht des kölnischen Hofes zu Schwelm, §. 2 u. 3 (das. S. 66). Saalbuch des Klosters Ebersheim (bei Schilter, l. c. p. 367). Augsburger Statut 341 (Walch, Th. 4, S. 329).

4) Hofsrecht des kölnischen Hofes zu Schwelm, §. 9 (Sommer, S. 67). Statute und Rechte des Hofes tho Herdicke, §. 8 (das. S. 62).

5) Das. §. 2, Recht des Klosters Aspach (Mon. B. t. 5, p. 220).

fassung immer mehr verfiel, im Landgericht [1]) auf eigene Gefahr und Kosten zu vertreten.

IV. Resultat.

§. 8.

An die im Vorstehenden versuchte Entwickelung der Grundsätze des deutschen Rechtes muß sich nunmehr die Beantwortung der Frage knüpfen, was sich davon im Widerspruch mit dem römischen erhalten habe. Hier bedarf es keines Beweises, daß der Gegensatz des ältern Rechtes im Eigenthume nach Volksrecht und Hofrecht mit der Veränderung der frühern Gerichtsverfassung untergegangen ist, und daß wir schon lange nur ein von dem Stande der Person ganz unabhängiges Eigenthum haben. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß die Ansicht des deutschen Rechts, welches auch ein Eigenthum an unkörperlichen Sachen zuließ, sich nicht erhalten hat [2]); die Verhältnisse, in welchen dasselbe angenommen wurde, haben je nach ihrer verschiedenen Natur im System ihre Stelle gefunden, z. B. die Grundrenten als Reallasten bei den dinglichen Rechten an einer fremden Sache.

Rücksichtlich des sogen. getheilten Eigenthums aber ist zwischen dem deutschen und römischen Rechte kein Widerspruch, beiden ist es gleichmäßig unbekannt; denn daß das Eigenthum auf dem Princip der Gewere beruht habe, und daß daher da, wo diese vorhanden gewesen sei, auch jenes angenommen werden müsse, widerspricht den Quellen geradezu. Das Vorhandensein der Gewere bezeichnet nur die derselben zum Grunde liegenden Rechte als dingliche, läßt aber niemals den Schluß auf die materielle Gleichartigkeit dieser Rechte zu. Die von Phillips weiter aufgestellte Behauptung, daß die Gewere ein den Glossa-

---

1) Urk. v. J. 1408 (Mon. B. t. 27, n. 455, p. 417). Urk. v. J. 1551 (das. n. 478, p. 449).

2) Im preuß. Landr., Th. I, Tit. 8, §. 2 („Alles, was einen ausschließlichen Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums"), und in dem österreich. Gesetzbuch, §. 353 („Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum") hat sich der Begriff des Eigenthums in den des Vermögens aufgelöst.

toren geläufiger Begriff gewesen sei, und die doppelte Gewere beim Lehen sie veranlaßt habe, hier ein auf gleiche Weise getheiltes Eigenthum anzunehmen, welches nachher auf ähnliche Verhältnisse übertragen sei, findet in der Glosse keine Bestätigung. Abgesehen davon, daß die ganz römische Form, in welche die Lehensgewohnheiten von den Sammlern gebracht sind, keine Veranlassung gab, auf germanische Rechtssätze zurückzugehen, ist es bekannt genug, wie die gelehrten Juristen, mit den Glossatoren an ihrer Spitze, nur das römische und kanonische Recht überall gelten lassen wollten.

Da das dominium utile sich als Eigenthum nicht geltend machen kann, so ist es auch unstatthaft, die von diesem geltenden Grundsätze bei jenem direct zur Anwendung zu bringen. Die praktischen Folgen hiervon zeigen sich nicht blos bei der Beantwortung der Frage, ob der Lehensherr als Eigenthümer einen Anspruch habe auf den auf dem Lehengute gefundenen Schatz, oder die entstandene Flußinsel. Schon die Glosse zu §. 39, T. de divis. rer. (2. 1.) verb. suo und zu L. 1, C. de thes. (10, 14) verb. nam in suis läßt den Vasallen und Emphyteuten denselben erwerben, welcher Ansicht die Mehrzahl der Juristen gefolgt ist; während es doch wohl consequenter wäre, die dem Eigenthümer zufallende Hälfte zwischen dem dominus directus und utilis zu theilen[1]); denn der von Zoesius[2]) angegebene Grund: nam licet non habeat plenum dominium, habet tamen utile, cujus respectu omnis rei utilitas, sive in fructu sit sive non, spectat ad emphyteutam, non ad dominum kann die Ausschließung des Obereigenthümers doch wahrlich nicht rechtfertigen. Daß der Lehensmann 2c., wenn man dessen Eigenthum am Lehen verwirft, keinen Anspruch auf die Flußinsel und nur als Finder Theil am Schatz hat, versteht sich von selbst[3]). Der Fall aber, welcher gerade der Prüfstein sein muß, ob das dom. utile ein wahres Eigenthum oder nur ein jus in re aliena sei, zwingt die Vertheidiger des getheilten Eigenthums zu einer argen Inconsequenz. Wenn nämlich der Ober- und Untereigenthümer Antheil an der

1) S. unten S. 212, Note 3.
2) Comm. ad Dig. lib. 19, tit. 2, n. 71.
3) v. Vangerow, Leitfaden zu Pand.-Vorl., Th. I, §. 302 Anm.

Proprietät haben, und also beide als wahre Eigenthümer gelten sollen, so ist nicht einzusehen, warum das Consolidationsrecht, welches auf Seiten des ersten bei dem Erlöschen des Rechtes des letzten Statt findet, nicht auch im umgekehrten Falle eintreten sollte. Beim Lehen geschieht dieses nach ausdrücklicher Verfügung der Gesetze [1]) in der That dann, wenn der Lehensherr eine Felonie begeht. In den übrigen Fällen hingegen, in welchen das Recht des Lehensherrn erlischt (z. B. wenn derselbe unbeerbt stirbt) und bei den andern Arten des getheilten Eigenthums wird allgemein angenommen, daß das Aufhören des Rechtes des Obereigenthümers dem Untereigenthümer nicht zu Gute komme, sein bisheriges beschränktes Eigenthum daher nicht in volles verwandelt werde. Diese Inconsequenz wird dadurch nicht beseitigt, daß man annimmt, bei dem getheilten Eigenthume finde eine Zersplitterung des Eigenthums in zwei ungleichartige Theile Statt [2]), denn nur auf der Seite dessen, welchem der das Consolidationsrecht begreifende Theil zugefallen, ist Eigenthum [3]).

Obwohl Mittermaier und Maurenbrecher die von dem Standpunkt der Theorie aus gegen das getheilte Eigenthum zu machenden Einwendungen als gegründet anerkennen, so haben sie dennoch dasselbe deshalb nicht aufgegeben, weil es durch den Gerichtsgebrauch, das Juristenrecht und die spätere Gesetzgebung vollständig befestigt sei. Allein es würde traurig um unsere Wissenschaft aussehen, wenn wir alle Irrthümer, welche die Vorzeit uns überliefert hat, blos deshalb, weil sie durch das Alterthum geheiligt sind, der besseren Erkenntniß nicht zum Opfer bringen dürften. Der Gerichtsgebrauch enthält nur eine Anwendung der Theorie, erklärt und ergänzt dieselbe, und steht daher der Geltendmachung einer als richtiger anerkannten Theorie nicht im Wege [4]). Aber auch die Reichsgesetze [5]), auf welche die zur Zeit ihrer Ab-

1) II, F. 26, §. 9; II, F. 47.

2) Maurenbrecher, Deut. P.-R., §. 188.

3) v. Vangerow, a. a. O., §. 295, Anm. 1.

4) Jordan, im Arch. f. d. civ. Pr., B. 8, S. 238 ff.

5) Kam.-Ger.-Ord. v. J. 1521, Tit. 32, §. 2: „Vnd ob sich ye zu zeiten begebe, daß ainer — den andern entsetzt — sol der entsetzer dadurch directum dominium das aigenthumb oder hauptgerechtigkait der güter oder gerechtigkait — verlorn haben. Wo aber dieselbigen güter

fassung herrschende Ansicht nicht ohne Einfluß geblieben ist, können jener Praxis keine Stütze geben, da in dieselben nur die Ausdrücke übergegangen sind, mit welchen das dingliche Recht des Leiheherrn und Leihemannes damals kunstmäßig bezeichnet wurde; man kann daher nicht annehmen, daß durch den bloßen Gebrauch dieser Terminologie auch die über jenes Rechtsverhältniß überhaupt geltende Theorie eine gesetzliche Sanction erhalten habe.

Ebensowenig kann zur Rechtfertigung des Gerichtsgebrauchs auf die Particulargesetzgebung Bezug genommen werden, indem die ältere sich mehr oder weniger an die oben entwickelte Ansicht des deutschen Rechts hält, die neuere aber einen ganz andern Begriff vom Eigenthum, als das gemeine Recht, aufstellt. Die ältern württemb. Landesordnungen von 1536, 1552 und 1567 kennen die Eintheilung in dominium directum und utile nicht. Der Leiheherr wird hier „Eigenthumsherr" genannt und dem Leihemann eine „nießliche Gerechtigkeit" zugeschrieben [1]). Derselbe Sprachgebrauch findet sich auch in dem Landrecht von 1610, Th. 2, Tit. 9, §. 15 [2]). In der solmsschen Gerichts- und Landesordnung (1571) Th. 2, Tit. 5, §. 3 heißt es von der Erbleihe: „da gleichwohl der Eigenthumb bei dem Verleiher, dem Erbbestender aber vnd seinen Erben der Gebrauch vnd die Beßerung daran bleibt, erblich vnd vnwiderruflich, so lang sie den Erbzinß oder Pfacht ausrichten, vnd sich sonst gebührlich halten. Vnd heist solche Erblehhe im Latein Emphyteusis." Und nach Tit. 6, §. 5 „Soll der Bestender — die Erbzins oder Pfächt dem Eigenthumbs-Herrn güttlich ausrichten." Auch in den sächsischen Constitutionen (1572) wird der Sprachgebrauch des deutschen Rechts beibehalten, und gleichsam nur zur Erläuterung desselben die wissenschaftliche Terminologie hinzugefügt. „Nach gemeinem Kayserlichen

oder gerechtigkait gedachtem entsetzer mit yrem aigenthumb nit zugehören, soll er derselben werth dem entsatzten, nach ordnung gemalter recht, zu geben schuldig sein." (Vrgl. L. 7, C. unde vi). Just. pac. Osnabr. art. 11, §. 12: „Item quoque Majestas Sueciae restituat Domino Electori — reliquam Pomeraniam — pleno jure, tam quoad Dominium utile quam directum." Vrgl. art. 5, §. 27; art. 15, §. 3.

1) Wächter, Handb. des württemb. Priv.-R., Bd. 1, Abth. 1, S. 164, Note 28.

2) Eichhorn, Rechtsgesch., Th. 4, S. 478, Note k.

Recht ist ein Underscheid zwischen Erb- und schlechten Zinsen. Dann von wegen schlechter Zinsgüter bona censitica genannt macht sich der Zinsmann des Guts nicht verlustig, wann er gleich die Zins davon gebührlich nicht entrichtet, welches in den Erbzinsgütern geschicht. Zu dem, so wird allein die erbliche Nutzbarkeit des Guts, utile dominium, in den Erbzinsmann Emphyteutam gewandt und behält der Lehnherr darauff den Grund Eigenthumb directum dominium, Aber solches beydes, nemlich directum et utile dominium, hat ein ieglicher schlechter Zinsmann in allen solchen seinen Gütern" (P. 2, c. 39). Die Aufnahme der Kunstausdrücke in das Gesetz war aber hinreichend, der gangbaren Theorie über das getheilte Eigenthum auch eine gesetzliche Grundlage zu geben, und die das Recht des Leiheherrn und des Erbzinsmannes am Gute ganz anders darstellenden deutschen Ausdrücke wurden weiter nicht berücksichtigt. Daher spricht auch Carpzov [1]) dem Vasallen und Emphyteuten, weil sie das dominium utile hätten, den auf dem Leihegut gefundenen Schatz zu.

Die neuere Particular-Gesetzgebung dagegen hat die Theorie über das getheilte Eigenthum schon mehr oder weniger ausführlich aufgenommen. Hierbei ist aber nicht zu übersehen, daß diese Gesetzgebungen an die Stelle des gemeinrechtlichen Begriffes des Eigenthums einen andern gesetzt, und dadurch den die Theorie des gemeinen Rechts treffenden Vorwurf vermieden haben, mit sich selbst im Widerspruch zu stehn. Hierher gehört zuerst der codex Maxim. Bav. civil. (1756). In dem vom Eigenthum handelnden 2. Cap. des 2. Buches heißt es §. 1: „Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt mit dem Seinigen nach eignen Belieben frey und ungehindert so weit zu disponiren, als Gesetz und Ordnung zulaßt." Ein solches Eigenthum läßt sich sehr wohl in ein dominium directum und utile zerlegen, welche Eintheilung im §. 2 erklärt wird „wann die Sach mehr Herren hat und einem davon die Grund-Herrschaft, dem andern aber nur das nutzbare Eigenthum — zugehört [2]).

1) Defin. for., p. 2, c. 53, def. 6.

2) Bei den Erwerbungsarten des Eigenthums (B. 2, C. 3) wird rücksichtlich des Schatzes (§. 4) bestimmt, daß $\frac{2}{3}$ dem Fiscus und $\frac{1}{3}$ dem dominus utilis (und dem Finder) mit Ausschluß des dominus directus zufallen sollen. Ueber das dem Emphyteuten- und Vasallen zustehende dom. utile s. B. 4, C. 7 u. 18.

Nach dem weiten Begriff, den das preuß. Landrecht und das österr. Gesetzbuch über das Eigenthum aufstellen [1]), enthält die Eintheilung desselben in dom. dir. und utile gleichfalls nichts Widersprechendes. Jenes bestimmt Th. 1, Tit. 8, §. 16: „Das Eigenthum einer Sache ist getheilt, wenn die darunter begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Personen zukommen" [2]), und dieses §. 357: „Kommt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem Andern dagegen, nebst einem Recht auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthum getheilt und für beide unvollständig" [3]).

---

1) S. Note 2, S. 207.

2) Nach Th. 1, Tit. 9, §. 94 ff. soll der Schatz dem nutzbaren Eigenthümer, mit Ausschluß des Obereigenthümers zufallen. Als Einleitung zu der Lehre vom Lehen und den Erbzinsgütern enthält Th. 1, Tit. 18, §. 1—13 die Theorie des getheilten Eigenthums.

3) Der Schatz, soweit er nicht dem Fiscus (⅓) und dem Finder (⅓) zufällt, soll zwischen dem Ober- und Nutzeigenthümer getheilt werden (§. 399). Von dem getheilten Eigenthum wird weiter bei den Erbpachtgütern (§§. 1122—1151) gehandelt.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Die Versorgung der Wittwen und Kinder bei standeswidrigen Ehen des deutschen hohen Adels.

Vom

Herrn Geheimen Oberrevisionsrath Dr. Heffter in Berlin.

Noch immer eine gangbare und für Viele nicht zweifelsfreie Frage! Es ist unsere Absicht, ihre Beantwortung aus den Quellen des deutschen Privatfürstenrechts, welche sich hier fast lediglich auf Herkommen und auctoritas prudentum beschränken, anders ausgedrückt, soweit sich die Rechtsidee in geschichtlichen Vorgängen und in der Auffassung und Behandlung der Frage durch die Organe des Rechts ausgeprägt hat, übrigens ohne alle Rücksicht auf einen bestimmten Fall zu versuchen. Wir schließen uns hierbei an die schon andern Orts vorgetragene Theorie in Betreff der Ebenbürtigkeit und Mißheirathen *) an, ohne daß jedoch hierdurch die Richtigkeit der gegenwärtigen Abhandlung wesentlich bedingt ist.

Zur schärferen Feststellung der Frage selbst ist vorerst daran zu erinnern, daß sich überhaupt folgende Arten standesungleicher Ehen nach deutschen Rechten unterscheiden lassen:

1) Ehen unter Personen ungleichen Standes, unter denen nach unzweifelhaften allgemeinen oder besondern Familienrechten keine Ebenbürtigkeit Statt findet, und daher auch die auf Ebenbürtigkeit beruhenden Wirkungen der Ehe nicht Platz greifen können: — notorische Mißheirathen.

---

*) Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht No. I., womit noch verglichen werden kann: Votum eines N. D. Publicisten zu J. L. Klüber's nachg. Schrift: die ehel. Abstamm. des fürstl. Hauses Löwenst. Wertheim. Halle, 1838. S. 64 ff.

2) Ehen unter Personen von zwar ungleichem Stande, wobei jedoch ein Mißverhältniß in Beziehung auf die von Ebenbürtigkeit abhängigen Wirkungen der Ehe rechtlich nicht feststeht: — blos standeswidrige Heirathen.

Neben beiden liegt die vertragsmäßige ungleiche, oder morganatische Ehe, d. h. jede Art standesungleicher [1]) Ehe kann durch ein sogen. morganatisches Pactum vor oder bei ihrer Eingehung als eine standesungleiche anerkannt und zugleich eine nähere Bestimmung wegen der Rechtsverhältnisse der standesungleichen Gemahlin und Descendenz, oder auch blos wegen der Einen oder der Andern getroffen werden, obschon nur innerhalb derjenigen Grenzen, welche der Vertragsfreiheit überhaupt, so wie den bei dem morganatischen Pactum Concurrirenden insbesondere gelassen sind; so daß also auch der Grundsatz der Ebenbürtigkeit, dem Recht der Familie gegenüber, ohne deren Consens nicht verletzt werden darf. Was nun in einem solchen Vertrage oder in der lex matrimonii nicht bestimmt ist, oder vermöge jener Grenzen nicht bestimmt werden konnte, ist lediglich aus dem Rechte der Ehe an sich und der Familie zu ergänzen. Für den allgemeinern juristischen Gesichtspunkt, den wir hier festzuhalten haben, ist daher vornehmlich die Frage zu *erörtern*: Welche Rechte erwirbt nach gemeinem deutschen Recht bei einer wahren Mißheirath, wo Ebenbürtigkeit nicht Statt findet, die Angeheirathete und deren eheliche Descendenz in Beziehung auf ihre künftige Versorgung? Ausgeschlossen bleibt aber jede nähere Untersuchung darüber, was für Ehen nach allgemeinem deutschen Herkommen für notorische Mißheirathen zu erachten seien [2]), oder ob überhaupt der obige Unterschied zwischen notorischen und nicht notorischen Mißheirathen zu rechtfertigen sei, worüber man sich anderweitig verständigen muß, endlich auch, in wie weit die Umwandlung einer Mißheirath in ein rechtsvollkommenes Matrimonium geschehen könne? Die geschichtlichen Ergebnisse für unsre Frage sind diese.

---

1) Ob auch an sich standesgleiche Ehe? wie manche annehmen, muß hier gänzlich dahingestellt bleiben.

2) Nach des Verfassers Ansicht gehören dahin nur die Ehen unter Personen aus dem hohen Adel und Bürgerstande.

In den Zeiten der Rechtsbücher, jenem Abschnitt des Mittelalters, wo sich die Abstufungen der Stände durch den Geist des Lehnwesens und kriegerischer Ehre auf das Genaueste ausgeprägt und abgeschlossen hatten, stand auch der Grundsatz unwiderlegbar fest: daß nur das ebenbürtige Kind seines Vaters Erbe nimmt; einer besondern Abfindung der nichtebenbürtigen Kinder geschieht keine Erwähnung *). Die Ebenbürtigkeit aber bestimmte sich nach den Standesverschiedenheiten der Semperfreien, oder des höchsten Adels, der Mittelfreien oder Ritterbürtigen, der gewöhnlichen Freien und der Unfreien. Völlig unbegründbar und ungeschichtlich ist jedoch, daß sich diese Abschließung der Stände und das damit in Verbindung stehende Princip der Ebenbürtigkeit sammt seinen Folgen selbst nur für die Kreise des nachherigen hohen (reichsständischen) Adels mit ungeschwächter Kraft erhalten habe. Die vormals wesentlich von der Geburt abhängigen Standesrechte konnten nach der schon im 13ten Jahrhundert entstandenen und in Ausübung gebrachten staatsrechtlichen Ansicht vermöge der dem römischen Kaiser zugeschriebenen Machtvollkommenheit auch durch kaiserliche Standeserhöhungen und Privilegien erlangt werden; dem einheimischen genossenschaftlichen Rechte zur Seite erhob sich ein gemeines kaiserliches Recht und die Autonomie des Landesherrn; neben dem herrschenden und reichsständischen Adel entstand noch eine zweite Adelsclasse durch das Ritterthum, welches beide Classen nach gleichen Gesetzen unter sich vereinigte; — wie konnte dieß Alles ohne Einfluß auf das Recht der Ebenbürtigkeit bleiben!

Stellt man die thatsächlichen Vorgänge bei den ungleichen Ehen des deutschen hohen Adels für die Zeit des ausgehenden Mittelalters, vornehmlich vom 13ten bis 16ten Jahrhundert ohne alle Schminke und vorgefaßte Meinung zusammen, so tritt darin der rechtliche Gedanke hervor: der standesungleichen Gemahlin und ihren Kindern gebührt in jedem Falle eine billige Abfindung aus dem Vermögen des Mannes und Vaters; ja kraft der kaiserlichen und geistlichen Rechte stehet den Kindern sogar ein vollkommenes

*) Vgl. Sachsensp. 3, 72 u. 73; 1, 51. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 373, S. 737 f., Ausg. 2., und die schon angeführten Beitr. z. d. Staats- und Fürstenrecht I. S. 7.

Erbrecht zu, und es ist dieß selbst in Beziehung auf Stammgüter unwidersprochen geblieben und durchgesetzt, oder doch eventuell auf den Fall des Abganges aller ebenbürtigen Agnaten anerkannt, oder auch eine Abfindung dafür selbst aus Stammgütern gegeben worden, regelmäßig dann, wenn die Mutter adeligen Herkommens war. Die Abfindung der Ehegattin ist aber entweder ganz nach Gutfinden, oder nach Art einer standesgleichen Wittwenversorgung regulirt worden. Als geschichtliche Beweise mögen die folgenden dienen:

1) Graf Burchard der Aeltere von Querfurt besaß im 13ten Jahrhundert die Grafschaften Querfurt, Hardegsen und Mansfeld, so wie die Burggrafschaft Magdeburg. Bei seinem Ableben hinterließ er zwar drei Söhne, Burchard, Poppo und Gebhard; weil jedoch ihre Mutter nur aus niederm Adel oder dienstmännischem Geschlechte war, so erhielten sie blos die Herrschaft Schraplau, wovon sie sich auch Freiherrn schreiben und nennen lassen durften [1]).

2) Markgraf Heinrich der Erlauchte von Meißen, welcher bereits von einer standesgleichen Gemahlin zwei Söhne hatte, war ums Jahr 1270 mit Elisabeth von Maltitz aus ritterbürtigem noch dazu dienstmännischem Geschlechte zu einer neuen Ehe geschritten. Die hierin gezeugten Kinder, Friedrich und Herrmann, welche sammt ihrer Mutter durch ein späteres kaiserliches Diplom von 1278 von jedem Ministerialitätsnexus befreit und für völlig legitim erklärt worden waren, erhielten zwar von der väterlichen Verlassenschaft keinen gleichen Theil mit ihren standesmäßigen ältern Brüdern, wohl aber wurden ihnen nicht unbedeutende Parcellen des Meißner Landes bei der von Heinrich selbst noch veranstalteten Theilung seiner Länder angewiesen. Namentlich empfing Friedrich das Amt Dresden und Schloß Radeburg [2]).

3) Vom Landgrafen von Hessen, Otto I. († c. 1328), wird folgende Aeußerung berichtet, die er gegen seine bereits vorhandenen ebenbürtigen Söhne gethan haben soll:

---

1) *Leuber*, Catal. Comitum, Baronum et Toparch. circ. Sax. sup. n. 39. Bei *Mencken*, Script. R. Germ. III. p. 1934.

2) Pütter, Mißheirathen, S. 35 folg. *Wilcke*, Ticemannus. Lips. 1754. p. 114 seq. *Fabricius*, Origg. Saxon. VI. p. 586.

wär's Sache, daß seine Hausfrau Adelheyd (Gräfin von Ravensberg) Todes halber abginge, so er dann seinen Wittwerstand keuschlich nicht halten könne, so wolle er keines Fürsten oder Grafen Tochter nehmen, damit durch zweierlei Kinder das Land nicht vertheilt würde, sondern er wolle eine fromme Jungfrau aus seiner Ritterschaft zur Ehe nehmen, die wolle er mit Gelde und Lehnschaft und andern Gütern wohl versorgen, daß die Fürstenthümer bei einander blieben [1]). Also nur eine reiche Morgengabe und Abfindung!

4) Als Kurfürst Friedrich von der Pfalz, mit dem Beinamen der Siegreiche, in der zweiten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts ein münchner Hoffräulein gegen das seinem Neffen, Adoptivsohn und Nachfolger gegebene Versprechen, sich nicht zu verheirathen, geehelicht hatte, so wurde dieser Gemahlin sammt den mit ihr erzeugten zwei Söhnen nicht nur im Jahre 1473 unter Zustimmung des gedachten Neffen eine Capitalversorgung von 18000 fl. ausgesetzt, sondern es errichtete auch noch Kurfürst Friedrich im Jahre 1476 auf den Grund der ihm von Jenem gemachten Concessionen ein förmliches Testament, wodurch er seinem damals allein noch übrigen Sohne Ludwig, unter Bestätigung aller schon früher gemachten Schenkungen an Gütern und Capitalien, noch mehrere zur Pfalz theils von ihm, theils von den Vorfahren erworbene Aemter und Herrschaften überwies, namentlich Neckmühl, Weinsberg, Neustadt am Kocher, Löwenstein, Umstadt und Otzberg, wovon wenigstens die Grafschaft Löwenstein dem jungen Ludwig von Baiern nebst der ihm schon früher übereigneten Herrschaft Scharfeneck und einigen kleinern Lehen und Capitalien verblieb, als seine Vormünder und späterhin auch er selbst nach dem Tode des Kurfürsten genöthigt wurden, Alles Uebrige dem kurfürstlichen Nachfolger, Pfalzgrafen Philipp, zurückzugeben. Auch wurde von Ludwig nur zu Gunsten des Kurfürsten Philipp und seiner männlichen Nachkommenschaft auf sein väterliches Recht verzichtet, sein agnatisches Recht an sich nie bestritten, und selbst vom römischen König Maximilian I. seine fürstliche Standeseigenschaft förmlich anerkannt [2]).

---

1) *Schminke*, Monim. Hass. II. p. 452. Moser, Famil. St. R. II. 62.

2) Die besondern Eigenthümlichkeiten dieses Falles, worauf es hier nicht näher ankommt, sind dargestellt in folgenden Schriften:

5) Seiner zweiten, nicht standesgleichen Gemahlin, Katharina von Brandenstein, verschrieb der Herzog Wilhelm von Sachsen im Jahre 1463 ein Heirathsgut von 20,000 fl. und eben so viel an Widerlage, so daß sie ein jährliches Witthum von 4000 fl. empfing [1]).

6) Ein ferneres Beispiel von der Ebenbürtigkeitspraxis des 15ten Jahrhunderts kann von dem uralten, reichsfreien, turnir- und stiftsfähigen Geschlechte der Bientzenau (auch Bienzenau und Püntzenau geheißen) in Baiern hergenommen werden [2]), welches zwar keine Landeshoheit erlangt hat, jedoch ohne Zweifel dem alten Herrenstande angehörte, in welchem, nach Peter von Andlau's Zeugniß aus jener Zeit, die alten Grundsätze der Ebenbürtigkeit noch immer streng aufrecht erhalten wurden.

Zufolge der schiedsrichterlichen Entscheidung eines Herzogs von Baiern vom Jahre 1489 hatte nämlich einer der Gebrüder Bientzenauer sich mit einer Bürgerlichen, Margarethe Volgerin, ehelich verbunden und mit derselben mehrere Kinder, auch Söhne, erzeugt. Diesen bestritten nach dem Tode des Vaters dessen Brüder die Ebenbürtigkeit, und der Ausfall der herzoglichen Entscheidung ging dahin, daß zwar die hinterlassenen Familiengüter den contestirenden Brüdern, den gedachten Kindern aber doch einige Theile des väterlichen Erbes angewiesen wurden, unter wechselseitigem Verzicht auf fernere Beerbung [3]).

7) Im braunschweig-lüneburgischen Hause vermählte sich Herzog Otto, ältester Sohn Heinrich's des Mittlern von Braunschweig-Lüneburg, im Jahre 1527 mit Mechthild von Campen, wobei ihr mittelst eines Recesses der drei fürstlichen Brüder zur Morgengabe und Leibzucht auf Zeitlebens 400 fl. versprochen wurden.

Widerlegung einiger in neuerer Zeit verbreiteter falscher Nachrichten in Bezug auf den Ursprung des hochfürstl. Hauses Löwenstein Wertheim. Werth. 1831. — Klüber, die ehel. Abstamm. des fürstl. Hauses Löwenstein Wertheim (Frankf. 1837), und in dem schon mehrmals angef. Votum.

1) Moser, Staatsr. XXI S. 74. Pütter, Mißheir. S. 61.

2) Man sehe deshalb Bürgermeister, Graven und Rittersaal (Frankf. 1721) S. 498, und Nobilitas Ecclesiae Mogunt. 1614. in Catal. sub Otto de Benzenow; auch Lipowsky Agnes Bernauerin (Münch. 1800) im Anh.

3) Monumenta Boica. t. VI. p. 318.

Jedem Sohne sollten zur gänzlichen Abfindung 3000, jeder Tochter zur Ehesteuer 1500 vollwichtige rheinische Goldgulden verabreicht werden; auch sollte den Nachkommen auf den Fall des Abganges der beiden fürstlichen Brüder und ihres Mannsstammes alle gebührliche Gerechtigkeit vorbehalten sein.

Diese Stipulationen verwandelten sich nachmals durch einen Vergleich im Jahre 1560 in die Ueberlassung zweier Aemter nebst dem Vorbehalt der Succession nach Abgang des lüneburgischen Mannsstammes [1]).

8) Als Erzherzog Ferdinand von Oesterreich sich ohne Zustimmung des königlichen Vaters mit Philippine, aus dem altadeligen Geschlechte der Welser zu Augsburg vermählt hatte, wurde durch eine vom Kaiser am 13ten Septbr. 1561 bestätigte Urkunde, unter Ratihabirung der Ehe, allen daraus gebornen oder noch geboren werdenden weltlichen Söhnen ein jährl. Einkommen von 30,000 fl. und jeder Tochter ein Heirathsgut von 10,000 fl. sammt ehelicher Fertigung zugesichert. Zugleich wurde den männlichen Nachkommen die Succession in alle österreichische Erblande nach Abgange des ganzen (übrigen ebenbürtigen) Mannsstammes vorbehalten, dem Erzherzog Ferdinand auch freigestellt, eigene Ersparnisse und Erwerbungen seinen Söhnen mit Titel und Wappen zuzuwenden. Der Gemahlin wurden für den künftigen Wittwenstand 3000 fl. jährl. angewiesen, die bei ihrem Ableben wieder den Kindern zu Gut kommen sollten. Vergleichsweise ward später im Jahre 1608 der Vorbehalt wegen der eventuellen Succession allerdings wieder aufgehoben, dagegen aber dem einzigen, weltlich gebliebenen Sohne Ferdinands und Philippinens, Namens Karl, die Markgrafschaft Burgau für sich und seine ehelichen Mannserben als österreichisches Afterlehn überlassen [2]).

9) Um die nämliche Zeit beinahe wurde auch in dem Hause Baiern eine bürgerliche Ehe zwischen dem Herzog Ferdinand von Baiern und Marie Peck, eines Hofdieners Tochter, geschlossen (im Jahre 1588). Dabei findet sich das Besondere, daß den Söhnen aus dieser Ehe durch brüderlichen Vertrag, unter kaiserlicher Bestätigung, nicht blos jährlich 2000 fl. und der künftigen Wittwe eben so

---

1) Strube, Nebenst. V. 244. Pütter, Mißheirath. S. 93.

2) Pütter, S. 103.

viel ausgesetzt wurden, sondern auch noch jenen ein Successionsrecht auf den Abgang des Wilhelminischen Mannsstammes zugesichert ward [1]).

10) Nachdem Markgraf Eduard Fortunat von Baden im Jahre 1591 Marie von Eicken geheirathet und sich 1593 im Mai förmlich mit ihr hatte trauen lassen, verschrieb er derselben am 21. Junius 1593 als Witthum die Summe von jährlich 3000 Fl. nebst mehreren andern Gebührnissen. Früher scheinen sogar 5000 Fl. verabredet gewesen zu sein [2]). Doch war jenes der damals im Hause Baden übliche Witthumsbetrag [3]).

Die in jener Ehe erzeugten Söhne erlangten bekanntlich durch günstige Verkettung der Umstände ein vollständiges Successionsrecht.

11) Dasselbe erreignete sich im gräflichen Hause Oettingen-Wallerstein, wo Graf Wolfgang ein bloß adeliges Fräulein Johanne von Molle geheirathet und sogar eidlich auf die Stammerbfolge verzichtet hatte [4]).

Von hieran, d. h. etwa seit dem Ende des 16. Jahrhunderts, wird das Bestreben immer sichtbarer, das Ebenbürtigkeits-Princip von seinem gänzlichen Verfall zu retten. Die Hausgesetze über diesen Punkt werden immer häufiger [5]); ungleiche Ehen werden von fürstlichen Personen meistens ausdrücklich morganatisch geschlossen, und von bloß ungleichen Ehen, die durch agnatischen Consens in die Reihe vollgiltiger fürstlicher Ehen übergingen, finden sich seitdem nur seltene Beispiele. Ausdrücklich ward auch durch die Wahlcapitulation seit dem Jahre 1658 vorgesehen: daß der Kaiser „zu Präjudiz oder Schmälerung eines alten Hauses oder Geschlechts, desselben Dignität, Standes und üblichen Titels Keinen, wer der auch sei, mit neuen Prädicaten, höhern Titeln oder Wappenbriefen begaben solle.“ Im Jahre 1742 aber wurde beigefügt: daß der Kaiser den aus unstreitig notorischer Mißheirath erzeugten Kindern eines Reichsstandes zu Verkleinerung des Hauses die väterlichen

1) Moser St.-R. XIX. u. Pütter 150.
2) Vergl. Moser Staatsr. XXI. 264—272. Pütter a. a. O. S. 129.
3) Moser Staatsr. XIX. S. 376.
4) *Neumann* in Wolfsf. Jus princ. IX. p. 55. 58.
5) Pütter S. 196.

Titel, Ehren und Würden nicht beilegen, vielweniger dieselben zum Nachtheil der wahren Erbfolger und ohne deren besondere Einwilligung für ebenbürtig erklären solle, bei Strafe der Nichtigkeit; was seit 1790 auch noch auf die gleich Anfangs morganatisch eingegangenen Ehen ausgedehnt ward.

Damit war zwar nicht entschieden, was notorische Mißheirathen seien; aber wenn die Stelle irgend einen Sinn haben sollte, so war jedenfalls damit auf das Herkommen verwiesen, d. h. sowohl auf das allgemeine, wie auf das besondere eines jeden fürstlichen Hauses [1]). Jenes aber stellte sich wenigstens dahin fest, daß die eheliche Verbindung eines deutschen Reichsstandes mit einer Bürgerlichen eine Mißheirath sei, selbst wenn eine kaiserliche Standeserhöhung zum Zweck der Ehe erfolgte, so lange nicht die Agnaten darin consentirten [2]).

Durchblickt man nun die Familien- und Hausgesetze der vorgedachten neuern Zeit, welche Etwas über die rechtlichen Ansprüche der standesungleichen Gemahlin und Descendenz enthalten, so gibt es einige, welche nur ein Recht auf Abfindung und Alimente, andere, welche eine modificirte Succession, wenigstens nach Abgang des ebenbürtigen Stammes anerkennen, und noch andere, welche die Mißheirath an dem ebenbürtigen Familiengliede selbst schon mit Verlust des Erbrechts strafen, eine Bestimmung, deren Zulässigkeit in neuerer Zeit bezweifelt wurde, die sich aber doch in einem Würtembergischen Brüdervergleich von 1489 [3]), in dem Testament des Grafen Johann von Nassau aus dem Jahre 1597 [4]), ferner in dem gräflich Leiningenschen Hausvertrage von 1614 [5]) und in dem Waldeckschen Hausgesetze von 1687 [6]) vorfindet.

In dem gräflich Königseckschen Stammvertrage von 1588 ward dagegen festgesetzt: daß, wofern Einer des Stammes und Namens sich ohne der Andern Wissen und Willen standeswidrig ver-

---

1) Vergl. Eichhorn, über die Ehe Sr. königl. Hoh. des Herzogs von Sussex (Berl. 1835) S. 134. Des Verf. Beitr. I. S. 21 folg.
2) Ebendas. S. 26 folg.
3) Moser Fam. St.-R. II. 67.
4) Ebendas. 97.
5) Ebendas. 107.
6) Moser St.-R. XIII. 365, 174, 378.

heirathen würde, desselben Kinder bloß den dritten Theil der väterlichen Habe und Güter genießen sollten [1]).

Ein gräflich Limburgisches Hausstatut von 1604 bestimmte im Art. 9, daß die ohne agnatischen Consens geheirathete bürgerliche Ehegattin bloß auf Herausgabe ihres Heirathsgutes, der Widerlage und Morgengabe Anspruch haben solle [2]).

In dem brandenburgisch-hohenzollernschen Hausvertrage von 1695 heißt es: daß wenn ein Fürst von Hohenzollern eine standeswidrige Heirath gegen die bisherige Observanz contrahiren würde, dessen Kinder vom Titel und Namen der Hohenzollern, sowie von der Succession, jedoch gegen Verordnung eines jährlichen Deputats zu ihrem Unterhalte, ausgeschlossen sein sollten [3]).

Die gräflich Witgensteinsche Erbeinigung vom 22. November 1607 schloß die Kinder aus einer standeswidrigen Ehe nur bis zum gänzlichen Abgange des ebenbürtigen Mannsstammes von jeder Erbgerechtigkeit und Succession aus, und sicherte ihnen ein gewisses, zu ihren Alimenten nothwendiges Deputat nach der Sachen Gelegenheit und Vermögen der Verlassenschaft zu [4]).

Ganz dieselbe Verordnung findet sich im gräflich Leyenschen, vom Kaiser Leopold bestätigten Hausvertrage von 1661 [5]).

Im Jahre 1717 ward zwischen den Häusern Sachsen und Anhalt eine Convention errichtet, wonach alle Ehen unter dem reichsgräflichen Stand für morganatisch erklärt wurden, jedoch mit Vorbehalt der Succession nach Abgang des ebenbürtigen Stammes [6]). Herzog Ernst Ludwig von Sachsen-Meinungen aber bestimmte in einer eigenen Hausordnung v. Jahre 1721 unter kaiserlicher Bestätigung, daß die aus einem solchen Matrimonium erzeugten Kinder bloß für Edelleute geachtet, und ihnen zusammen lediglich eine jährliche Revenue abgegeben, oder ihnen hierzu ein gewisses Gut angewiesen werden solle.

1) Moser Famil. St.-R. II. 102.
2) Moser Staatsr. XIX. 223.
3) Ebend. 201.
4) Ebend. S. 76.
5) Ebend. S. 103.
6) Ebend. S. 236.

Eine ähnliche Bestimmung enthielt die Primogenitur-Constitution des Grafen Franz von Erbach-Erbach v. 25. Junius 1783, §. 5, welcher jedoch, wegen der beigefügten Erklärungen, was für eine standesgemäße Verbindung gehalten werden solle, die kaiserliche Bestätigung versagt ward[1]).

Soviel hiernächst die wirkliche Anwendung dieser Hausgesetze, oder in Ermangelung derselben, des allgemeinen Reichsherkommens betrifft, so sind vorzüglich folgende Fälle anzumerken.

Als im J. 1692 der Herzog Johann Adolph von Sachsen Weißenfels in seiner Wittwerschaft sich entschloß, das Fräulein Christiane Wilhelmine von Bünau zur ehelichen Gemahlin zu nehmen, verschrieb er derselben 6000 Thaler zur Morgengabe und zum Witthum jährlich 3000 Thaler nebst Holz, Wohnung und andern Bedürfnissen. Wegen der Kinder (dergleichen aber nicht erfolgten) ward besondere Verordnung vorbehalten. Ueber die Leistung des Witthums ward demnächst ein besonderer Vergleich mit dem Landesfolger im Jahre 1697 geschlossen[2]), wodurch die hinterlassene Wittwe nicht viel weniger, als ihr ausgesetzt war, erhielt[3]).

Den vom Herzog Leopold Eberhard von Würtemberg Mömpelgard mit zwei standesungleichen Gemahlinnen erzeugten Kindern ward vergleichsweise im Jahre 1758 von dem regierenden Herzoge von Würtemberg eine jährliche Rente von 14,000 Fl. ausgesetzt[4]).

Prinz Leberecht von Anhalt-Bernburg vermählte sich im Wittwerstande 1702 mit einer Baronin von Wrede, und erst im Jahre 1703 ward ein Vertrag errichtet, wornach ihr und ihren Kindern der Freiherrnstand und als Abfindung eine Summe von 45,000 Thalern zugesagt wurde[5]).

Besonders erheblich erscheint folgender Fall in demselben fürstlichen Hause. Im Jahre 1715 hatte der Erbprinz Karl Friedrich von Anhalt-Bernburg insgeheim eines Anhalt-Harzgerodischen Kanzleiraths Tochter, Namens Wilhelmine Charlotte Nüßler geheirathet. Obgleich dies von dem Vater des Erbprinzen laut gemißbilligt war, so bewirkte dennoch nach des Vaters Tode der nun zur

1) Pütter a. a. O. S. 308.
2) Ebend. S. 172.
3) Moser Familienstaatsr. II, 667.
4) Ebend. S. 182.
5) Ebend. S. 223—227.

Regierung gelangte Herzog Karl Friedrich 1719 eine kaiserliche Standeserhöhung seiner ehelichen Gemahlin zur Gräfin von Ballenstedt. Derselben ward später zwar im Wittwenstande 1722 der Gebrauch des fürstlichen Titels ausdrücklich durch den Reichshofrath untersagt, ihren Söhnen aber ward durch ein kaiserliches Diplom vom 12. Junius 1723 das Prädicat Grafen von Bärenfeld ertheilt [1]). Schon vorher und noch bei Lebzeiten des Fürsten Victor Amadeus war durch ein Reichshofrathsrescript vom 5. August 1717 verfügt worden: daß die angeheirathete Frau nebst den mit dem Erbprinzen erzeugten und noch künftig zu erzeugenden Söhnen und Töchtern, gleich aus ungleicher Ehe gebornen Kindern, mit nothwendigem Unterhalt versehen und künftig versehen werden möchten. Auch hatte sich der im Jahre 1718 zur Regierung gelangte Fürst Karl Friedrich von seinem Erstgebornen und Nachfolger aus standesmäßiger Ehe, Victor Friedrich, im Jahre 1720 versprechen lassen, daß der hinterlassenen Gemahlin, Gräfin von Ballerstedt 5000 Thaler als jährliche Leibzucht und Witthum, so wie jedem der beiden Söhne derselben ebensoviel als Apanage aus den bereitesten Einkünften assignirt werden sollten. Und als hierüber Weiterungen entstanden, so war dennoch der Erfolg der, daß den zwei aus dieser Ehe vorhandenen Söhnen und ihrer Mutter jährliche 8000 Thaler durch den Reichshofrath im Jahre 1722 zugesprochen und aus der Kammer in Bernburg angewiesen wurden [2]).

Ein ähnliches, wenn auch nicht ganz so bestimmtes Beispiel findet sich im Fürstlichen Hause Anhalt-Dessau. Hier hatte sich der Erbprinz Wilhelm Gustav 1726 heimlich mit der bürgerlichen Johanne Sophie Herr zu Kleckwitz ehelich verbunden, welche ihm bis 1735 sechs Söhne und zwei Töchter gebar. Der fürstliche Vater des Erbprinzen ward davon erst kurz vor des letztern Tode, 1737, unterrichtet; er nahm sich aber der Nachgelassenen an, wieß der Wittwe und den Kindern zu Kleckwitz einen bestimmten Unterhalt an, und unter dem Nachfolger Leopold Max wurden diese Vortheile

1) Pütter S. 251—255.

2) *Lenz*, Becmannus enucleat. supplet. p. 765. *J. J. Möser*, de legitima stat. J. liberor. §. 24. p. 41. Deff. Staatsr. XXI. S. 252 f. XXII. S. 302 f. Famil. Staatsr. II. 852. Pütter, Mißh. 251—255.

noch vermehrt durch ein Haus in Dessau, so wie durch eine beim kaiserlichen Hofe bewirkte Standeserhöhung [1]).

Ein Herzog von Zweibrücken, Gustav Samuel Leopold, vermählte sich im Jahre 1722 mit Dorothea Hofmann, die er adeln und im Jahre 1724 vom Kaiser zur Gräfin von Hofmann erklären ließ. Die Ehe war offenbar ungleich und von den Agnaten nicht genehmigt. Aber am 25. August 1725 constituirte der Herzog dieser seiner Gemahlin dennoch ein sehr bedeutendes Witthum von jährlich 6000 Fl., 30 Fudern Wein, 100 Maltern Gerste, ebensoviel Korn und Spelz, 300 Maltern Hafer und sonstigen Naturalien. Nach dem Tode des Herzogs ward dies vom Landesfolger angefochten; der Kaiser aber resolvirte am 9. Mai 1736. „Werden der Gräfin von Hofmann zu ihrem Unterhalt provisorie jährlich 3000 Fl. und eine Wohnung auctoritate caesarea ausgeworfen." Im Uebrigen ward die Sache zum gütlichen Vergleich gezogen [2]).

Interessant wäre es zu wissen, welche Rechte den vom Herzog Anton Ulrich zu Sachsen-Meiningen in erster aber standeswidriger Ehe mit Philippine Schurmann (die zu so viel Streit und zu der obigen Stelle der Wahlcapitulation von 1742 die nächste Veranlassung gab) erzeugten Kindern, nachdem ihnen Ebenbürtigkeit und Successionsfähigkeit abgesprochen worden war, eingeräumt sind. Es wird jedoch darüber nichts Näheres berichtet. Moser sagt davon im Staatsrecht Bd. XIX, S. 83, „das beste Temperament schiene zu sein, wenn diese jungen Herren einen andern Namen annähmen, hingegen ihnen und ihren Erben soviel aus der sachsen-meiningenschen Succession an Land und Leuten eingeräumt würde, als ungefähr gemeiniglich die Apanage eines nicht regierenden herzoglichen sächsischen Prinzen zu betragen pflegt." Wahrscheinlich ist auch etwas der Art geschehen; die ganze Nachkommenschaft ist aber in der ersten Generation ausgestorben.

Um nun aus den vorausgeschickten Thatsachen eine noch anwendbare Theorie zu gewinnen, mögen schließlich über die vorliegende Frage die Meinungen deutscher Publicisten und Rechtskundiger angeführt werden.

---

1) Pütter 259.

2) Moser Staatsr. XXI. 239 f. Famil. St.-R. II. 510 f. Pütter a. a. O. S. 263 f.

Eine vorzügliche Gelegenheit zu deren Aeußerung gab der obenerwähnte Fall im Hause Anhalt-Bernburg und Sachsen-Meiningen aus dem Anfange des vorigen Jahrhunderts. Die erste Stelle unter den darüber befragten Rechtsgelehrten gebührt, wenigstens der Zeitfolge nach, dem Kanzler Johann Peter von Ludewig, welcher deshalb zwei Bedenken verfaßte, von denen sich das hauptsächlich hier einschlagende in des Verfassers Erläuterung der Goldn. Bulle Th. II, S. 1359 f. der 2ten Ausgabe von 1752 befindet, und ein Auszug bei Moser im d. Staatsr. XIX. S. 282 f. Die Ansicht Ludewig's und der hallischen Fakultät ging im Wesentlichen dahin:

1) eine Bürgerliche, welche einen Fürsten heirathe, verbleibe in dem angebornen Stande, und selbst die kaiserliche Standeserhöhung könne die von einem angebornen Stande abhängigen Rechte der Ebenbürtigkeit nicht geben.

2) Zu der Frage, ob nicht bei solchen ungleichen Ehen die Ehegenossin sowohl als auch derselben Kinder mit einem dem Adel- oder freiherrlichen Stande gemäßen Unterhalt sich befriedigen lassen müssen? wird bemerkt: daß dieß vollkommen billig und gerecht sei, indem in den uralten deutschen Zeiten sogar die aus gleicher Ehe erzeugten fürstlichen Kinder außer dem Regierenden bloß mit adeligem Unterhalt versehen worden wären, während die eigentliche Apanage auch fürstlichen Stand und Titel erfordere; indem auch bei morganatischen Ehen höchstens nur ein adeliges Tractament und Gehalt von den Vätern verlangt werde, die Grundsätze von einer Legitima aber auf die Landesfolge gar nicht anwendbar seien; das Land selbst brauche dafür nicht aufzukommen, weil man hier nur denjenigen fürstlichen Kindern Etwas schuldig sei, die einmal zur Succession gelangen könnten. Der Betrag hange übrigens, falls nichts Näheres bestimmt worden, mehr von der Güte und Barmherzigkeit des Landesfolgers ab, als sich dabei ein wirkliches Recht gegen das Land oder den regierenden Herrn nachweisen lasse.

Weniger bedenklich waren jedoch die hallischen Juristen in dem anhalt-bernburgischen Falle, indem sie schlechthin für die Giltigkeit des Pactums von 1718 respondirten, wornach der von Bärenfeld und ihren zwei Söhnen jährlich 15,000 Thlr. gezahlt werden sollten, wenn auch angeführt würde, daß solches das richtige Maß weit übersteige, und ohne daß es darauf ankomme, ob zur Zeit jenes Pactums die von Bärenfeld schon eine höhere oder nur geringere

Dignität gehabt habe [1]). J. J. Moser nennt dieß zwar eines der allerunbilligsten und widerrechtlichsten Responsorum, die er jemals gesehen habe [2]), auch mag in den Gründen Manches vorkommen, was mit deutscher Geschichte und Rechtsverfassung nicht genugsam harmonirt; die eigentliche Grundlage war jedoch das 1718 abgeschlossene Pactum, und aus diesem Gesichtspunkt das Gutachten nicht so gar verwerflich; so wenig als der Reichshofrath Tadel verdient, wenn er sich in seiner Entscheidung an das Pactum nicht gebunden glaubte, indem er nach Bewandtniß der Umstände ex aequo et bono die stipulirte Abfindung fast auf die Hälfte herabsetzte.

Was Moser's eigene rechtliche Ansicht betrifft, so macht derselbe hinsichtlich des Witthums allerdings einen Unterschied zwischen einer standesgleichen und standesungleichen Ehe, indem er bemerkt: „auch eine legitim vollzogene Ehe berechtige die Wittwe noch zu keinem ihres Gemahls Stande gemäßen Witthum, wenn es eine juridice ungleiche Ehe wäre; denn wie sich eine solche Ehegattin weder bei ihres Gemahls Leben, noch nach desselben Tode seines Standes und (seiner) Würde anmaßen dürfe, so könne auch dieser Stand und Würde nicht die Regel sein, wonach das Witthum proportionirt würde, sondern sie müsse sich begnügen, wenn Ihro Alimente gereicht würden, die eines Theils nach dem Stand, den sie führen dürfe, und andern Theils nach ihrem eingebrachten Heirathgut ausgemessen wären [3]).

Was hingegen die Kinder aus standesungleicher Ehe betrifft, so hat er denselben eigene Abschnitte und Untersuchungen gewidmet. Zuerst stellte er darüber in der schon angeführten diss. de legitima S. R. J. Statuum Liberor. Frcf. 1735 folgende Sätze auf:

§. 24. Liberis Statuum legitimis quidem, ast ex impari matrimonio natis, ratione Patris ex bonis immediatis sive feudalibus sive allodialibus, Legitima non competit, sed alimenta tantum illis debentur ex iisdem, sive Pater liberos ex aequali matrimonio habeat, sive non, tum sive matrimonium ad morganaticam initum sit, sive non.

In den Noten wird dabei Bezug genommen auf den Würtem-

1) Moser XXI. S. 252. XXII. 302.
2) A. a. O. S. 303.
3) Staatsr. XXII. S. 26. §. 23. Famil. Staatsr. II. S. 673.

berg=mümpelgardschen und Anhalt=bernburgschen Fall und die darin ergangenen reichsgerichtlichen Entscheidungen, mit der Beifügung:

> **Certum talium alimentorum quantum determinari nequit; sed pro ratione circumstantiarum e. g. Status et Patris et Matris, et Liberorum, facultatum quoque paternarum etc. ex aequo et bono mox augetur, mox minuitur vel a Partibus, vel a Judice.**

In den folgenden Paragraphen spricht Moser sodann dergleichen Kindern sogar die Succession in väterliche mittelbare Privatlehen, sowie in das Allodium ab, wenn ebenbürtige Kinder da sind, Alles auf den Grund des Lehnstextes 2. f. 29, der doch lediglich auf ausdrücklich morganatische Ehen mit dem Pactum der Nichtsuccession geht. Indeß hat Moser späterhin seine Ansicht geändert.

In dem deutschen Staatsrecht Bd. XXII. S. 299, §. 1, 4 bis 11 und §. 13—15 [1]) sagt er darüber Folgendes: „Kinder aus ungleichen Ehen seien eheliche Kinder und nur quoad effectus civiles gehörten sie nicht ganz zu ihres Vaters Haus und Familie. Sie seien daher 1) weder des Namens noch des Wappens ihres Vaters fähig; eben so wenig 2) des väterlichen Standes, sondern nur des mütterlichen, nach der Zeit der geschlossenen Ehe theilhaftig, wenn nicht Standeserhöhung erfolgt sei. Sie seien 3) von der Succession in die väterlichen unmittelbaren Reichslande und incorporirte Stammgüter nebst Stamm=Kleinodien, überhaupt von allem, was zum Stamm und Lande gehört, ausgeschlossen. Dagegen aber gebühre ihnen ein ihrem angebornen Stande gemäßer Unterhalt aus dem Lande, und zwar simpliciter, nicht bloß in subsidium, der Vater möge ihnen aus seiner Privat=Erbschaft soviel hinterlassen haben, als er wolle; doch dürfe nicht etwa das Land deshalb besonders besteuert werden, sondern es sei nur ein Regierungs=Onus und aus der landesherrlichen Kammer zu bestreiten. Moser beruft sich dabei vornämlich auf die Analogie der Grundsätze von der Aussteuerung der Töchter, da sie doch auch eigentlich nicht zur Familie oder zum Stamm gerechnet würden. Unter dem angebornen Stand will er den Stand der Mutter bei angetretener Ehe verstanden haben, ungeachtet einer nachher erfolgten Standeserhöhung! Sonst

1) Und fast gleichlautend im Famil.=St.=R. II. S. 848.

gebühre diesen Kindern auch noch das väterlich nicht incorporirte Privatgut, es sei Lehn oder Allod (wodurch also die Meinung in der diss. de legitima schon verbessert ward)[1]; ferner alles Gold- und Silber-Service, so wie alle Kostbarkeiten, die nicht bei dem Hause bleiben müßten; endlich die mütterliche, brüderliche und schwesterliche Privaterbschaft, und zwar so, daß nach Abgang der einen brüderlichen Linie in dubio und extra casum pacti auch das mit einem Rückfall an das regierende Haus Behaftete an die überlebenden Linien so lange falle, als sie dauern.

In Uebereinstimmung damit und unter Berufung auf Moser hat sich in neuerer Zeit auch Eichhorn[2]) dahin geäußert:

„Wegen Mangels an Ebenbürtigkeit tritt bei einer Mißheirath die Frau nicht in den Stand des Mannes, sondern darf, sowie die in einer solchen Ehe erzeugten Kinder, nur die ihnen besonders beigelegten Titel und Wappen führen; den Kindern fehlt das Recht der Succession in Lehn (?) und Stammgut, und an die Stelle der Ansprüche auf einen dem Stand des Mannes und Vaters angemessenen Unterhalt, Witthum und Apanage tritt, was von Jenem freiwillig ausgesetzt und seinen Erben auferlegt ist, und allenfalls ein Recht auf Alimente aus dem Stammgut, welche dem beigelegten Stande angemessen sind."

Diese Erklärungen Eichhorn's dürften auch im Ganzen die richtige Formel für die besprochenen Verhältnisse enthalten, nur etwa mit einer Modification in Betreff der Lehnsfolge, wie nun noch näher dargelegt und befestigt werden soll.

I. Was das Witthum einer nicht fürstlichen Gemahlin anlangt, so darf man es ohne Frage als einen Grundsatz des deutschen Privatfürstenrechts betrachten, daß jeder Fürst, jedes Mitglied des deutschen hohen Adels für den anständigen Unterhalt seiner hinterlassenen Wittwe zu sorgen hat; und zwar selbst dann, wenn sie kein Heirathsgut eingebracht haben sollte. Allgemein spricht den Satz Pütter in seinen prim. lineis jur. priv. princ. §. 68 dahin aus:

(pristini Germanorum) mores potissimum adhuc inter illustres conspicui sunt, dum in quolibet matrimonio illustri par-

1) S. auch persönl. Staatsr. II. 412.

2) Einl. in das deutsche Privatrecht §. 290. (1. Ausg.) u. flg.

tes praecipue mariti sunt, prospiciendi uxori tum ea, quae durante matrimonio ei praebenda sunt, tum vidualitium in casum viduitatis ei constituendum, *ut tanquam vidua pro dignitate familiae mariti vivere possit.*

Ludolf, de jure feminar. illustr. I, 2, §. 5, bemerkt:

Si dos non constituta, vel non illata, viduis illustribus nullum debetur dotalitium, sed alimenta, fürstmäßiger Unterhalt, quae alimenta, cum ex arbitrio successoris determinentur, et facile fiat, ut viduarum non tantus sit favor, hinc factum aliquando, ut princeps ipse dotem constituerit (wie Herzog Wilhelm von Sachsen der Katharine von Brandenstein).

Struv in der jurispr. her. P. III, cap. III, §. 18 sagt:

Dotalitia (das Wort wird dort in der weitern Bedeutung genommen) cum ob causam constituuntur, ut uxor morte mariti vidua facta, vitam pro dignitate possit sustinere. Inde dotalitium debetur, sive uxor sit dotata, sive indotata. Utroque enim casu marito interest, ne uxor vidua facta, alimentisque destituta necessariis, sibi sit ignominiae*).

Ganz derselben Meinung ist auch de Neumann in Wolffsfeld reale Princip. jur. §. 745, woselbst mehrere Beispiele eines ohne Heirathsgut verschriebenen Witthums angeführt sind, während er im §. 740 ausdrücklich behauptet: daß es ipso jure und citra pactum geleistet werden müsse.

Auch Moser, der es bei dieser Materie sehr genau nimmt, und sich nicht einmal ganz von den Befangenheiten der ältern Theorie über das dotalitium loszureißen vermochte, muß dennoch eingestehen, daß eine uxor indotata als Wittwe zwar in quali et quanto das nicht erlangen könnte, was einer gereicht wird, die dotem inferirt, auf welche das Witthum in regula seinen respectum mit habe; indessen sei es doch der Analogie der von unseren deutschen großen Herren von denen ältesten Zeiten her gehegten Grundprincipien zuwider, daß sie nichts bekommen oder gar Mangel leiden sollte; sondern es komme Alles auf das aequum et bonum an, was nach denen Kräften des successoris und dem

*) Vergl. §. 32 u. 33 ibid. Selbst dem niedern Adel ist dieser Grundsatz nicht fern. Wegen des brene'schen Ritterrechts vergl. Pufendorf, Obs. 1, 22.

Stand der Wittwe derselben Alimentorum loco ausgeworfen werden solle*).

Auch nicht der entfernteste Grund ist vorhanden, die Pflicht und das Recht zu einer solchen Wittwenversorgung, man nenne sie Witthum, oder irgend wie sonst, bei der nicht ebenbürtigen Gemahlin eines deutschen Fürsten leugnen zu wollen, wiewohl es sich von selbst versteht, daß manche Witthumsgebührnisse nur einer ebenbürtigen fürstlichen Gemahlin competiren, und daher auch ausdrücklich durch Familiengesetze nur den ebenbürtigen Gemahlinnen zugesichert sein können, wovon sich ein Beispiel bei Moser im deutschen Staatsr. XXI. S. 456, §. 55[b], findet. Derselbe Grund aber, welcher eine anständige lebenslängliche Versorgung der fürstlichen, selbst unausgestatteten Wittwe dem Gemahl und seinen Nachfolgern zur Pflicht machte, nämlich die Ehre des fürstlichen Hauses (jenes überall in den Rechtsinstituten des deutschen hohen Adels und Fürstenstandes hervortretende Princip), welche nicht gestattet, Personen, die in nähern natürlichen Beziehungen zu Mitgliedern desselben stehen oder gestanden haben, hülflos oder darben zu lassen, — dieselben Gründe streiten auch für die standesungleiche Gemahlin. Sie ist immer eine rechtmäßige Gemahlin, und hat dieselben natürlichen Ansprüche, wie die ebenbürtige Ehegenossin. Ist es ja auch dem hohen Adel nie versagt gewesen, einer morganatisch angeheiratheten Frau einen bestimmten Unterhalt zuzusichern; wie sollte dieß im Mangel eines morganatischen Pactums versagt sein? Doch es bedarf darüber keiner weitern Ausführung, da die oben gegebenen Beispiele aus den Familiengesetzen und aus der Geschichte der deutschen Fürstenhäuser, ja selbst reichsgerichtliche Judicate keinen Zweifel deshalb übrig lassen, daß die standesungleiche Gemahlin, sogar wenn ihr Nichts ausgesetzt ist, dennoch eine ihrem Stande angemessene Versorgung fordern kann, womit sich schließlich die schon angeführten Meinungen von Moser und Eichhorn vollkommen vereinigen. Es ist übrigens nicht einmal ein hinreichender Grund vorhanden, warum einer derartigen Wittwenversorgung der Name und die Rechte des Witthums verweigert werden sollten. Denn wenn es auch kein fürstliches ist und sein darf, so ist es oder darf es wenigstens ein adeliges sein,

*) Moser's Familien-Staatsr. II. S. 687, vergl. mit 678 folg.

da die Ehe eines Hochadeligen selbst mit einer Bürgerlichen wenigstens doch immer so viel wirken muß, als die Ehe eines Mannes von niederm Adel mit einer Bürgerlichen, wo nach der Ansicht des neuern deutschen Rechts auch die äußern Rechte und Prärogative des Adels der Frau mitgetheilt werden.

Was die Verbindlichkeit der Nachfolger für eine solche Wittwenversorgung betrifft, so hat es sonst nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche eine derartige Verbindlichkeit wo nicht ganz leugneten, doch von verschiedenen Bedingungen abhängig machten und möglichst beschränkten, worüber man die verschiedenen Meinungen bei Moser im deutschen Staatsr. XXII. S. 53 f., §. 46, aufgezeichnet findet. Indeß hat schon derselbe Schriftsteller, wie bereits vor ihm von Berger mit seiner bekannten Biederkeit, Offenheit und Gründlichkeit auszuführen gesucht, daß jeder Regierungsfolger für das constituirte Witthum jedenfalls in so weit hafte, als zu einem nothdürftigen standesgemäßen Unterhalt gehört, wofern nicht nach Familiensatzungen oder nach Verhältniß des Einbringens ein Mehreres gegeben werden müsse*). Theils die schon oben hervorgehobenen Motive der fürstlichen Ehre, theils die im Verhältnisse des Weibes zum Manne an sich liegenden sind es, welche jenen Grundsatz gebieterisch heischen; sie leiden aber eben sowohl Anwendung auf die standesmäßige wie auf die standesungleiche Gemahlin, was auch von Moser in der bereits angeführten Stelle nicht verkannt ist. Das Gegentheil würde sich nur behaupten lassen, wenn dem Regenten jede standesungleiche Vermählung untersagt wäre; so lange ihm jedoch die Freiheit der Wahl nicht beschränkt ist, wie solche auch dem geringsten Unterthan nicht beschränkt werden darf, so lange bleiben die gedachten Rücksichten unabweisbar stehen. Jeder Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansichten muß übrigens verschwinden, wenn man erwägt, daß vormals sogar reichsgerichtliche Judicate die Verbindlichkeit succedirender Agnaten für die standesungleichen Gemahlinnen ausgesetzten Wittwenversorgungen festgestellt haben, wie besonders in dem anhalt-bernburgischen Falle geschehen ist. Man kann endlich nicht behaupten, daß die Constituirung eines derartigen Witthums den Regierungsfolger bloß subsidiarisch betreffen und verpflichten könne, falls nämlich die

---

*) Deutsches Staatsr. XXII. S. 78, §. 79. Fam.-Staatsr. II. 692 f.

Wittwe selbst nicht schon hinreichendes Vermögen zu ihrem Auskommen besitzen sollte; vielmehr liegt es in der Natur einer jeden Vorausversorgung einer Wittwe, ihr unter allen Umständen ein gesichertes Auskommen, unabhängig von den Zufälligkeiten zu verschaffen, welche den eigenen Vermögensbesitz treffen können, und ohne daß sie erst in den Fall gesetzt wird, sich über ihr Bedürfniß auszuweisen. Daher erklärt Moser unbedenklich die Verabreichung des Witthums für eine Landes- oder Staatsausgabe (d. h. ohne Zweifel in dem Sinne, worin Moser das Wort Staat in seiner Zeit begriff und gebrauchte, und wonach es immer einen wesentlichen Bezug auf die Person des Regenten und seiner Familie hat, diesen Familienstaat also mitbegreift), wozu folglich der Regierungsfolger einen Theil der Landes- oder Staatseinkünfte zu verwenden habe*). Auch die oben angeführten Familiengesetze sehen die Abfindung der standesungleichen Gemahlinnen als eine unbedingte Familienpflicht an. Indeß mag nicht geleugnet werden, daß bei Bestimmung der Summe auf das eigene Vermögen der Wittwe billige Rücksicht zu nehmen sei.

II. Bei den Kindern aus ungleichen Ehen kommt in Betracht:

1) ihr (staatsrechtlicher) Stand;

2) ihr Familienstand.

Von dem erstern läßt sich schwerlich behaupten, daß dabei die Regel des ältern Rechts noch anwendbar sei: das Kind folge der ärgern Hand, eine Regel, die ohnehin wohl nur eine gemeingiltige in dem Gegensatz der Freien und Unfreien war. In Hinsicht auf den niedern Adel ist es schon längst ein ausgemachter Grundsatz, daß der adelige Vater selbst mit einer bürgerlichen Frau adelige Kinder zeuge; sollte nun ein Mann aus hohem Adel in rechtmäßiger Ehe nicht auch wenigstens Kinder von niederm Adel zeugen, da doch der hohe Adel nur eine Präeminenz, ein höherer Grad des Adels ist, also auch gewiß alle Prärogative des niedern Adels an sich trägt? Schon Hallfeld war in der von ihm herausgegebenen Jurisprud. heroica v. Struv, P. II, p. 127, dieser Meinung: Quoad jura nobilitatis simpliciter talia omnino expeditum est et longo usu confirmatum, liberos a patre nobili cum matre plebeja progenitos inferiorem a patre nobilitatem participare et inde eo

*) Famil.-Staatsr. II. 688. §. 57.

magis liberi a patre illustri ex matre plebeja editi privilegiis nobilitatis erunt capaces inferioris. Ast ad nobilitatem avitam et jura inde oriunda consequenda non sola patris sed matris quoque nobilitas desideratur, welches Letztere sich freilich ganz von selbst versteht. Moser bezweifelt zwar im Staatsr. XIX., S. 362, die Richtigkeit der Hallfeld'schen Behauptung, daß eines Fürsten Kinder mit einer Bürgerlichen allezeit ipso jure Edelleute seien, weil die Unterstellung, als wenn ein Edelmann mit einer Bürgerlichen edle Kinder zeuge, nicht simpliciter wahr sei, sondern bloß dann, wenn die Frau nicht ex faece plebis sei; zweitens: weil der Schluß von den Wirkungen einer gleichen Ehe einer an Stande niedrigern Person auf eine ungleiche Ehe einer höhern zweifelhaft sei, wenigstens der Leugnende eben so viel für sich habe, als der Behauptende. Der erste Einwurf enthält jedoch nur eine Beschränkung der Regel, oder eine Ausnahme, und der zweite Einwand ist an sich selbst so zweifelhaft, daß er eben keine Rücksicht verdient. Die Praxis selbst ist der hier mit Hallfeld angenommenen Meinung gewiß sehr günstig. So heißt es in dem schon oben angeführten Testament des Herzogs Ernst Ludwig von Sachsen-Meiningen von 1721, daß wenn sich einer der Nachfolger unterstehen sollte, eine adelige oder bürgerliche Weibsperson zu heirathen, seine Ehe hierdurch in Kraft dieses pro matrimonio ad morganaticam declarirt und *eo ipso* die daraus erzeugten Kinder vor Edelleute geachtet werden sollten. So ward auch in dem Vertrage von 1588 wegen der Ehe des Herzogs Ferdinand von Baiern mit Marie Beck ausgemacht, daß die Kinder (nachherigen Grafen von Wartenberg) mit adeligem Stande zufrieden sein sollten. Allerdings hat man zur Beseitigung jedes Zweifels in früherer Zeit kaiserliche Bestätigungen oder Standeserhöhungen in eine höhere Adelsclasse hinzutreten lassen; doch ist hieraus noch keine rechtliche Nothwendigkeit zu folgern. — Hinsichtlich des Familienstandes ist als Regel aufzustellen, daß den Kindern aus ungleichen Ehen alle Rechte ordentlicher Ehekinder gebühren, welche nicht durch die Ebenbürtigkeit mit dem Vater bedingt sind, und so weit nicht auch hierin durch einen morganatischen Vertrag engere Grenzen gesetzt sind. Es gebührt ihnen daher, wie schon oben aus Moser vermerkt worden ist,

a) die Erbfolge in alle freie Güter, nicht bloß des Vaters und der Mutter, sondern überhaupt aller Blutsverwandten, so weit sie

nicht zu Gunsten der ebenbürtigen Familienglieder vincu[l]irt sind. Denn daß die Abkömmlinge aus ungleichen Ehen jedenfalls cognatische Rechte haben, wird von Niemandem in Zweifel gezogen *).

b) die Lehnserbfolge, und zwar nicht bloß in die mütterlichen Lehen, sondern auch in die väterlichen, soweit sie nicht Ebenbürtigkeit oder den Stand des hohen Adels voraussetzen. Denn daß in so weit dergleichen Descendenten auch agnatische Rechte haben, läßt sich mit keinem auch nur scheinbaren Grunde in Abrede stellen; wiewohl zugegeben werden muß, daß besonders bei feudis propriis, die einer Person von hohem Adel geliehen sind, eben auch Seitens des Lehnsherrn die Bedingung der Ebenbürtigkeit zur Lehnsfähigkeit zu unterstellen sei. Dagegen kann die Vorschrift des Lehnbuches in II. f. 26, §. 15, und II. f. c. 29, welche sich nur auf ausdrückliche Verträge bezieht, den ohne morganatischen Vertrag erzielten ungleichen Ehekindern nicht entgegengestellt werden.

c) eine standesgemäße Subsistenz, ein Alimentendeputat, welches nicht bloß von dem Vater, sondern auch von dessen ebenbürtigen Nachfolgern im Stammgute geleistet werden muß. Der sittliche Grund für Letzteres ist im Allgemeinen wieder die Familientugend, die der Familie im Ganzen obliegende Sorge für die Ehre des Hauses in seinen gegenwärtigen, vormaligen und zukünftigen Mitgliedern, womit sich nicht vereinbaren lassen würde, die aus einer erlaubten ehelichen Verbindung eines Familiengliedes herstammenden Familien-Anverwandten darben zu lassen, so wie die natürliche Billigkeit, den Abkömmlingen einer Ehe, welche die frühere Succession anderer Familienglieder in das Familiengut veranlaßt und herbeiführt, eine Vergütung zu gewähren. Rechtliche Bestätigung haben diese moralischen Motive durch ein allgemeines deutsches fürstliches Herkommen erhalten, — bekanntlich eine noch immer giltige Rechtsquelle für die Rechtsverhältnisse der jetzigen souverainen Häuser, insofern nämlich dasselbe zugleich in das eigenthümliche Familienherkommen der einzelnen deutschen Fürstenhäuser mit aufgenommen ist; und jenes Herkommen wird dargethan

1) durch die oben gelieferten Beispiele aus den Hausgesetzen und speciellen Vorgängen deutscher erlauchter Häuser;

2) durch die ebenfalls nachgewiesenen reichsgerichtlichen in con-

---

*) Vergl. *Wolfart*, de matrim. ad morgan. Hanau 1736.

tradictorio ergangenen Entscheidungen, namentlich in Bezug auf das Haus Anhalt-Bernburg;

3) durch die hierauf gestützten Meinungen angesehener Rechtslehrer, vorzüglich Moser's und Eichhorn's.

Indessen dürfte die hiernach vorliegende unzweifelhafte Verbindlichkeit der Nachfolger für eine solche alimentarische Subvention nach der zuvor angegebenen Billigkeitsgrundlage auf die ungleichen Ehen derjenigen Familienglieder zu beschränken sein, welche sich bereits im Genuß des Familiengutes oder eines Theiles davon befunden haben, sonst aber erst für diejenigen Nachfolger eintreten, welchen das Dasein nicht ebenbürtiger Descendenz zu einer frühern Succession verhilft. Daß übrigens auch hier, wie bei dem Witthum der standesungleichen Wittwe, die Verpflichtung des Nachfolgers für eine unbedingte, nicht bloß subsidiarische bei Ermangelung anderer Subsistenzmittel, zu halten sei, hat bereits Moser bemerkt, da es sich nicht bloß von einem nothdürftigen Unterhalt, sondern von einer standesgemäßen und für die Hauptfamilie ehrenhaften Sicherstellung der Existenz eines Nebenzweiges handelt. Jedenfalls ist aber die Abfindung nur Einmal zu geben; sie wird freies Vermögen der Abgefundenen, wenn nicht ein besonderes Geding hierüber gemacht sein sollte*). Die Bestellung muß arbitrio boni viri geschehen, oder im Falle des Uebermaßes darauf reducirt werden. Hierbei ist einerseits auf die Größe und Bedeutung des Familien-Erbes, anderseits auf den Stand, welcher dem Abzufindenden beigelegt ist, Rücksicht zu nehmen. Zwar behauptet Moser, daß es lediglich auf den Stand ankomme, den die Mutter zur Zeit ihrer Ehelichung hatte, so daß z. B., wenn die Mutter zur gedachten Zeit nur bürgerlich war, auch nur eine bürgerliche Sustentation zu verabreichen wäre; es ist indeß schon oben ausgeführt worden, daß Kinder aus der ungleichen Ehe eines Fürsten, wenn letztere nicht eine ausdrücklich morganatische ist, immer doch nur adelig geboren sein können, indem ein deutscher Fürst, er sei regierender oder nicht, zufolge des noch für den höchsten Adel fortbestehenden Ebenbürtigkeits-Gesetzes seinen Kindern allerdings die Ebenbürtigkeit mit jenem nicht verleihen kann, wohl aber alle sonstigen adeligen Rechte mittheilen muß, die dem hohen Adel nicht ausschließlich zustehen,

*) Vergl. Moser Famil.-Staatsr. II. 803, §. 73 a. E.

angesehen, daß Er selbst auch die niederen Adelsrechte in seiner Person vereinigt, von einem adeligen Vater aber nach der Regel des gemeinen deutschen Rechts selbst mit einer bürgerlichen legitimen Mutter adelige Kinder gezeugt werden. Es ist indeß noch weiter zu gehen und mit Eichhorn zu behaupten, daß bei diesen Kindern nicht bloß die unterste Stufe der Adelstitel und des Adelsranges in Betracht zu ziehen sei, sondern diejenige, welche ihnen zur Zeit der constituirten Versorgung oder eventualiter zur Zeit des väterlichen Ablebens staatsrechtlich beigelegt war, indem regelmäßig die Alimentationspflicht sich nach denjenigen Verhältnissen regulirt, welche zur Zeit des eintretenden Bedürfnisses bestehen, insbesondere nach den jedesmaligen Standesverhältnissen, sofern sie nur nicht wider Willen des Verpflichteten auf eine unerlaubte Weise verändert werden*), was besonders von einem Souverain, der seinen Kindern Adelstitel ertheilt, nicht gesagt werden könnte. Der von Moser gebrauchte, der Wahlcapitulation entnommene Grund, daß nämlich Standeserhöhungen nicht in praejudicium der Agnaten geschehen dürften, bezieht sich bloß auf die Rechte der Ebenbürtigkeit, ohne in anderer Art dem Souverain Schranken zu setzen; und auf keinen Fall läßt sich sagen, daß höhere Adelstitel legitimer Kinder aus ungleichen Ehen der Ehre des fürstlichen Hauses, wenn sie diesem selbst nur nicht gleich gestellt werden, Eintrag thun würden.

*) Thibaut Pand. §. 243.

Ueber den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte, und den possessorischen Schutz derselben.

Von

Dr. Ludwig Duncker.

Syndicus der Universität Marburg.

Erster Abschnitt.

Entwickelung der Rechtsansicht über den Quasibesitz bei deutsch-rechtlichen Instituten.

Zweiter Abschnitt.

Erwerb des Quasibesitzes.

Dritter Abschnitt.

Verlust des Quasibesitzes.

Vierter Abschnitt.

Possessorische Rechtsmittel.

Fünfter Abschnitt.

Erster Abschnitt.

Entwickelung der Rechtsansicht über den Quasibesitz bei deutsch-rechtlichen Instituten.

Einleitung.

Die willkommene Aufnahme, welche das römische Recht in Deutschland gefunden hat, und die große Vorliebe, mit welcher es hier fortwährend, wie in keinem andern Lande, gepflegt wurde, mußte das deutsche Recht in seinem eignen Vaterlande zu einem wenig beachteten Fremdling machen. Allein das mit der Nationalität des Volkes auf das Innigste verwachsene Recht desselben hatte seine Wurzeln zu tief in den vaterländischen Boden geschlagen, als daß dessen völlige Ausrottung hätte gelingen können. Wenn auch unter dem Einflusse des römischen Rechtes der Stamm des deutschen verkümmern mußte, seine Wurzeln blieben gesund und kräftig, und trieben immer neue und stärkere Keime, und so erhielt sich neben dem römischen Recht ein großer Reichthum deutsch-rechtlicher Elemente. Es behielten, was man von jeher auch anerkannt hat, nicht nur viele eigenthümlich deutsche, dem römischen Rechte gänzlich fremde Institute, als selbstständige Erzeugnisse des deutschen Rechtslebens, ihre fortwährende Geltung, sondern auch diejenigen deutschen Institute, welche mit verwandten des römischen Rechts verschmolzen, gingen in diesen nicht spurlos zu Grunde; vielmehr blieben auch hier abweichende Ansichten des deutschen Rechtes immer im Gebrauch, so daß das römische niemals zur ausschließlichen Herrschaft gelangt ist *). Aber den Ursprung dieser Abweichungen vom römischen Rechte und ihren Zusammenhang mit dem frühern Rechtszustand in Deutschland übersehend, erblickten die ältern Juristen darin nur eine zeitgemäße Fortbildung, einen usus modernus, des römischen Rechtes. Das in neuerer Zeit erweckte, auf die Quellen zurückgehende Studium desselben mußte für diesen usus modernus, der in vieler Beziehung auf Mißbrauch und Mißverständniß be-

---

*) Vergl. diese Zeitſ. B. 1. S. 6 u. 7.

ruhte, höchst gefährlich werden, und es konnte nicht ausbleiben, daß die glänzenden Ergebnisse einer gediegenen Forschung die Stelle seiner Irrthümer einnahmen. Aber nicht alle Rechtssätze, die vor einer richtigen Auslegung der römischen Quellen nicht bestehen können, sind als solche Irrthümer zu verdächtigen; das Verdammungsurtheil kann nur die in der That auf einem Mißverständnisse des römischen Rechtes beruhenden, nicht auch die dem deutschen Rechte angehörenden Rechtssätze treffen, welche man aber, weil ihr Ursprung durch die genaue Verbindung, in welche sie mit einem römischen Institute getreten sind, verdunkelt ist, gleichfalls für solche Irrthümer zu halten, leicht in Gefahr geräth. Die nächstfolgende Darstellung liefert hierzu einen Beleg.

§. 1.

Verschiedene Ansichten.

Es ist von jeher die herrschende Ansicht gewesen, daß ein Quasibesitz nicht blos in den Fällen, in welchen das römische Recht ihn zuläßt, sondern auch in mehreren andern dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen Statt finde und des richterlichen Schutzes genieße. Die ältere Doctrin hat es aber nicht versucht, die einzelnen Fälle, in welchen, über die Bestimmungen des römischen Rechtes hinaus, ein Quasibesitz anzunehmen sei, auf ein festes Princip zurückzuführen; wir finden vielmehr unter den ältern Juristen, die durch einzelne Aussprüche des kanonischen Rechts irre geleitet waren, ein wahrhaft bewundernswürdiges Streben, die Fälle dieses Quasibesitzes zu vermehren, und sich hierbei in unbegreiflichen Abgeschmacktheiten zu überbieten. Schon Baldus [1]) hatte mit Beziehung auf c. 24. X. de elect. (1. 6.) die Behauptung aufgestellt, daß der Pachter ein Spolium begehe, wenn er die Entrichtung des Pachtgeldes verweigere [2]), und nach dieser Auctorität war es ganz consequent, auch bei dem Darlehnsgläubiger einen durch Empfang der Zinsen begründeten Quasibesitz anzunehmen,

---

1) ad L. 25. C. de loc. et cond. (4. 65.)

2) *Bartol.* ad L. 2. D. quorum bon. (43. 2.) leugnet dagegen, daß durch den Empfang persönlicher Leistungen ein Besitz begründet werde.

und in der Verweigerung der Zinsen ein Spolium zu erblicken [1]). Selbst noch Hommel [2]) erklärt geradezu, er sehe nicht ein, warum nicht ein Arzt, den man zu brauchen aufhöre, im jüngsten Besitz geschützt werden müsse; ich fühle wohl, fügt Hommel hinzu, daß dem Arzt eine solche Klage nicht zusteht, aber ich kann, selbst wenn man mir mit dem Tode droht, einen Grund dafür nicht angeben. So war man durch leere Abstractionen dahin gekommen, bei der Ausübung eines jeden Rechtes einen durch den Richter zu schützenden Quasibesitz anzunehmen [3]), also auch bei rein obligatorischen Rechten [4]), und allen möglichen Familien- [5]) und Standesverhältnissen [6]). Fragt man nun aber, in welchen Verhältnissen denn ein Quasibesitz nicht Statt finde, so erhält man darauf die Antwort, in denjenigen, wo durch die Ausübung des Rechts eine sündhafte Handlung begangen werde, daher werde z. B. der Quasibesitz einer Concubine nicht geschützt [7]).

Vor solchen Verirrungen sichert uns freilich die heutige Theorie des Besitzes; es findet jedoch namentlich darüber, in welchen dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen, wie derselbe erworben und verloren werde, und durch welche Rechtsmittel derselbe zu schützen sei, eine große Meinungsverschiedenheit Statt. Wenn daher schon aus diesem Grunde eine neue Prüfung dieser Lehre nicht überflüssig sein dürfte, so liegt gerade jetzt eine besondere Aufforderung dazu in dem Umstande, daß der

---

1) *Gratiani* discept. for. c. 311. n. 17 seqq. *Mevius*, p. 2. d. 298. n. 1. *Fleck*, comm. binae de interd. unde vi et remed. spol. p. 98 seqq.

2) Rhap. obs. 489.

3) Ja, Martini (de jure censuum s. annuor. redit. c. 8. n. 118 sqq.) geht so weit, die Frage, ob der Rentenverkäufer das Recht, die verkaufte Rente wieder einzulösen, durch Verjährung verlieren könne, aus dem Grunde zu verneinen, weil derselbe im Besitze des Wiedereinlösungsrechts sei!

4) *Gratian.* l. c. n. 13. *Postii* tract. mandati de manutenendo obs. 10. n. 62.

5) Z. B. Besitz sowohl der Verwandtschaft und Schwägerschaft überhaupt, als eines bestimmten Grades derselben, der Legitimität u. s. w. (*Postius*, l. c. n. 60.)

6) Eine Spur davon findet sich schon in der gl. ad L. 7. C. de fide instr. (4. 21.) verb. *Si aliis.*

7) *Postius*, l. c. n. 91. *Menochius*, de retin. poss. remed. 3. n. 155.

Gesichtspunkt, aus welchem diese Prüfung unternommen werden muß, durch die Darstellung eines neuern Juristen gänzlich verrückt zu werden droht, und wir uns, wenn wir dessen Ansicht folgen, auf geradem Wege befinden, in das entgegengesetzte Extrem zu fallen, d. h. jeden possessorischen Schutz in den dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen zu leugnen, so weit derselbe nicht durch die Analogie des römischen Rechtes streng gerechtfertigt werden kann.

Zur Entscheidung der Frage nämlich, in wie weit ein possessorischer Schutz bei Ausübung der eigenthümlich deutschen dinglichen Rechte Statt finde, bahnt sich Heerwart*) den Weg durch eine Untersuchung darüber, in wie weit das römische Recht bei Servituten einen solchen zulasse. Nach seiner Ansicht soll bei denjenigen Rechten, die mit Grund und Boden verbunden sind, wie die Landeshoheit, Diöcesan- und Parochial-Verhältnisse, die regelmäßig mit dem Besitze einer Kirche zusammenhängen, und wobei sich sowohl eine Störung, als eine wahre Dejection denken lasse, das interdictum uti possidetis und unde vi analog angewendet werden (§. 35.). Was dagegen Jurisdictions- und Parochial-Berechtigungen, wenn die letzten nicht an eine gewisse Kirche geknüpft sind (§. 36.), so wie die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung anbelangt, so sucht derselbe (§. 41.) nachzuweisen, daß die in der Regel angeführten Stellen des kanonischen Rechts und der Reichsgesetze den verschiedenen von den Juristen aufgestellten Ansichten nicht zur Stütze dienten, und gelangt (§. 43.) zu dem Resultate, daß ein possessorischer Schutz bei diesen Rechten überhaupt nicht Statt finde, weil es an wirklich passenden Analogien gänzlich fehle; überdieß sei ein solcher auch durchaus kein praktisches Bedürfniß (§. 14.), da das Possessorium in der Regel eben so lange als das Petitorium dauere, und weil der Vortheil des Schutzes im Besitze körperlicher Sachen, daß nämlich der im Possessorium überwundene Gegner das Petitorium anstellen, und den Beweis seines Rechts übernehmen müsse, bei dem erlangten Schutze im Besitze eines Rechts nicht Statt finde, indem nach der richtigen Ansicht dem Besitzer hier nichts desto weniger der Beweis seines Rechts obliege, wenn der Gegner mit der Negatorienklage auftrete (§. 4.). Solle aber dennoch um allen Preis ein possessorisches Rechtsmittel

*) Zeitſ. f. Civilr. u. Pr. B. 12. Nr. 6. u. 9.

beschafft werden (§. 43.), so bleibe nichts Anderes übrig, als die Analogie der für Wege- und Wassergerechtigkeiten gegebenen Interdicte, weil der Besitz bei Reallasten, Jurisdictions- und Parochial-Berechtigungen (§. 36.), so wie der an Privatpersonen überlassenen Regalien (§. 37.) wegen der Unterbrochenheit der Ausübung mit dem Besitze der Wege- und Wassergerechtigkeiten die meiste Aehnlichkeit habe. Als allgemeinen Grundsatz stellt Heerwart den Satz auf, daß der richterliche Schutz bei der Ausübung dieser Rechte nur dem gewährt werden könne, welcher dieselben in dem Jahr von Zeit des ausgebrachten Interdicts an rückwärts gerechnet wenigstens einmal in gutem Glauben ausgeübt habe; die dreißigtägige Ausübung sei als eine eigenthümliche Bestimmung bei dem interdictum de itinere actuque privato*) hier nicht nothwendig. Sei das Recht von der Art, daß es nur in einer Hälfte des Jahres ausgeübt werde, so genüge es, daß es in einer der beiden Gebrauchszeiten, welche der Anstellung des Interdicts vorausgehen, ausgeübt sei (Arg. L. 1. §. 29. 33—36. de aq. quot.). Diesen Grundsatz auf den Besitz der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung angewandt, so ergebe sich, daß derjenige, welcher in dem Genusse des Rechts geschützt werden wolle, ohne Unterschied zwischen bloßer Nichtleistung und bestimmter Verweigerung, zwischen gänzlicher und theilweiser Nichterfüllung Klage erheben müsse, ehe die erwähnten Zeiten abgelaufen seien (§. 43. S. 323.). Zur Wiedererlangung des Quasibesitzes soll es aber gar kein Rechtsmittel geben, weil sich eine wahre Dejection bei einem Rechte nicht denken lasse, und daher sowohl das interd. unde vi, als die Spolienklage unstatthaft sein (§. 42. S. 320.).

Es ergibt sich, daß Heerwart bei seiner Untersuchung von dem Gesichtspunkte ausgegangen ist, daß wir uns lediglich an Analogieen des römischen Rechts halten müßten (S. 312), nach welchen dann freilich der possessorische Schutz nur in der angegebenen sehr beschränkten Weise Statt finden kann. Es wird sich aber Jedem hier die Frage aufdrängen, worin es denn wohl seinen Grund habe, daß die Juristen von jeher ganz einstimmig einen possessorischen

*) Dieses Erforderniß ist durch die Ausführung Althof's (das interd. de itin. actuq. privato, vergl. von Vangerow Leitfaden zu Pand.-Vorles. Th. 1. S. 715) sehr zweifelhaft geworden.

Schutz bei mehreren dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen in einem viel weitern Umfange ganz unbedenklich zugelassen haben, und wie sich eine dem römischen Rechte durchaus fremde Rechtsansicht so allgemein habe verbreiten können. Zur Beantwortung dieser Frage lassen sich nur zwei Gründe angeben. Entweder muß man annehmen, daß die gelehrten Juristen von jeher die Ansicht gehabt hätten, daß der Quasibesitz und der demselben zu gewährende Schutz in der von ihnen angenommenen Ausdehnung im römischen und kanonischen Recht anerkannt sei, oder wenigstens durch eine ganz in dessen Geiste geschehende analoge Anwendung gerechtfertigt werden könne, oder sie hätten in der ältesten Praxis einen auf einer eigenthümlich germanischen Grundlage ruhenden possessorischen Schutz vorgefunden und diesen den Bestimmungen der recipirten Rechte anzupassen gewußt. Da der erste Grund deshalb der richtige nicht sein kann, weil die hierbei unterstellte Ansicht der Juristen nur aus einer unbegreiflichen Verblendung derselben hervorgegangen sein könnte, so dürfen wir nur in dem zweiten eine genügende Erklärung finden, und die Nachweisung, daß der in mehreren eigenthümlich deutschen Verhältnissen zu gewährende possessorische Schutz keineswegs aus dem römischen oder kanonischen Recht abgeleitet werden könne, sondern ein eigenthümliches Institut des einheimischen Rechtes und später nur auf das recipirte, nach der den ältern Juristen geläufigen Behandlungsart des einheimischen Rechts, zurückgeführt sei, bildet die Grundlage der ganzen folgenden Untersuchung.

§. 2.

Darstellung der Grundsätze des deutschen Rechts über den der Gewere zu ertheilenden gerichtlichen Schutz.

Durch die Reception des römischen Rechtes wurde freilich der bisherige Rechtszustand in Deutschland durchaus verändert; allein die durch eigenthümliche Verhältnisse und Rechtsansichten hervorgerufenen Institute erhielten sich dennoch zum großen Theil, selbst solche, die mit dem römischen Rechte geradezu im Widerspruch standen. Diese Institute konnten natürlich nur nach den ursprünglich deutschen Rechtsnormen, wie sie sich im Verlauf der Zeit und später

unter dem Einflusse des römischen Rechtes gebildet hatten, beurtheilt werden, wiewohl man statt dessen nicht selten eine in Mißbrauch ausartende Anwendung des römischen Rechts zuließ. Die Aufgabe der Theorie kann aber nicht darin bestehen, diejenigen auf deutsche Verhältnisse sich beziehenden Rechtssätze, welche in dem römischen Rechte keine Stütze finden, schon deshalb als irrig zu verwerfen, sondern nur darin den ganzen Rechtsstoff, wie ihn die verschiedenen Rechtsquellen, und zu diesen gehört auch die Praxis, überliefern, zu einem harmonischen Ganzen zu verarbeiten. Wenn sich daher nachweisen läßt, daß der possessorische Schutz, welcher bisher mehreren dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen gewährt ist, ursprünglich dem Gebiete des einheimischen Rechts angehört, so kann eine darüber aufzustellende Theorie nur auf demselben Wege gewonnen werden, welcher jetzt zur Construirung des deutschen Privatrechts überhaupt als der richtige anerkannt wird *). Es ist daher zu untersuchen, in wie weit das einheimische Recht einen possessorischen Schutz zugelassen, und wenn dessen Grundlage und Umfang nachgewiesen worden, ist weiter anzugeben, welchen Einfluß das römische Recht auf die Umgestaltung der ursprünglich deutschen Rechtsansicht gehabt hat.

Der Gegensatz zwischen dem Possessorium und Petitorium, wie sich derselbe im römischen Rechte ausgeprägt findet, ist dem deutschen Recht ursprünglich fremd. Bei der Schnelligkeit des Verfahrens war durchaus kein Bedürfniß vorhanden, blos den Besitz zum Gegenstande eines vorläufigen Streites zu machen und dann die Entscheidung über den Rechtspunkt darauf folgen zu lassen. Aber das sich von selbst verstehende und daher in jeder Gesetzgebung anzutreffende Verbot der Selbsthilfe begegnet uns auch in den ältesten Quellen des germanischen Rechtes. Der aus dem Besitz Gesetzte war hiernach keineswegs genöthigt, dem Dejicienten gegenüber stets den Beweis seines Rechts zu erbringen, um den Besitz wieder zu erlangen, sondern bei einer widerrechtlichen Besitzstörung und Dejection war der Thäter nicht nur verbunden, den Besitz so-

*) Ueber die abweichende, neuerdings wieder in dessen de auctoritate prudentum prolusio academica vertheidigte Ansicht Maurenbrecher's s. insonderheit Puchta in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Jahrgang 1839, S. 728 ff.

fort zu restituiren, sondern verfiel außerdem noch in eine Geldbuße.

Pact. leg. Sal. tit. 18. §. 1.

Si quis villam alienam adsalierit (eingedrungen ist), MCC. den., qui faciunt solidos XXX., culpabilis judicetur.

§. 2. Si quis villam adsalierit alienam et ibidem ostia fregerit, canes occiserit, aut hominem plagaverit, vel in carro (Karren) aliquid exinde duxerit, VIIIM den., qui faciunt sol. CC., culpabilis judicetur.

§. 3. Et quidquid inde abstulit, in locum *restituat.*

Tit. 64. §. 1. Si quis alteri de manu aliquid per vim tulerit et raubaverit aut expoliaverit, MCC. den., qui faciunt sol. XXX., culpabilis judicetur et *rem pro capitale restituat.*

Lex Bajuv. tit. 10. c. 1:

Si quis in curtem alterius per vim contra legem intraverit, cum tribus solidis componat.

C. 2. §. 1. Si autem in domum per violentiam intraverit, et ibi suum nihil invenerit, cum sex solidis componat.

§. 2. Nemo enim ingrediatur alienam domum, quia hoc scandalum generat.

Tit. 16. c. 1. §. 1. Si quis homo pratum vel agrum vel exartum (Rottland) alterius contra legem malo ordine invaserit et dicit suum esse, propter praesumtionem cum sex solidis componat et *exeat.*

Die Ausmittelung des Thatbestandes machte ein gerichtliches Verfahren nothwendig, welches lediglich die widerrechtliche Störung oder Entziehung der Gewere *) zum Gegenstande hatte, so daß man hierin die ersten Anfänge eines Possessoriums finden kann, welches sich ganz unabhängig vom römischen Rechte ausbildete.

Nach den Rechtsbüchern des Mittelalters findet die Gewere als solche, also auch das bloße factische Innehaben (Detention), den

*) Die Gewere heißt in den lateinisch geschriebenen Quellen seisina, die Verletzung derselben disseisina, mag sie in bloßer Störung oder Entsetzung (Entwerung, disseisina im eigentlichen Sinne) bestehen. *Ranulphi de Glanvilla* tract. de legib. lib. 13. c. 32 seqq.

Schutz des Richters [1]); selbst derjenige, welcher mit Unrecht dieselbe erlangt hat, kann nur durch ein gerichtliches Verfahren daraus vertrieben werden [2]); wer der Gewere widerrechtlich beraubt wird, braucht nur die Entwerung darzuthun, und wird dann, ohne daß über das Recht verhandelt würde, in den Besitz wieder eingesetzt [3]). Die Ansicht, daß die Gewere an sich des richterlichen Schutzes genieße, findet sich nicht blos in deutschen Rechtsquellen, sondern zum Theil noch bestimmter in den ältern normannischen, englischen und französischen, wie Mittermaier [4]) bereits nachgewiesen hat.

Dieser Schutz, welcher der Gewere zu Theil wurde, trat nicht nur dann ein, wenn dieselbe körperliche Sachen zum Gegenstande hatte, sondern in allen Fällen, in welchen überhaupt eine Gewere angenommen wurde, also auch dann, wenn z. B. Leistungen den Gegenstand derselben ausmachten [5]). Jede gegen die Gewere ausgeübte Gewaltthätigkeit hatte daher nicht nur die Verbindlichkeit zur Restitution und Schadenersatz, sondern auch noch eine Strafe zur Folge, welche, nach der Art der angewendeten Gewalt, bald in einer Geldbuße bestand, bald die Strafe des Friedbruches war, und auch hier machte es keinen Unterschied, ob die Gewere einer körperlichen oder unkörperlichen Sache (Zinsgewere) verletzt war [6]).

Diese zunächst in den weltlichen Gerichten befolgten Grundsätze konnten auf die geistlichen Gerichte, obwohl in diesen von jeher das römische Recht die Hauptentscheidungsnorm gewesen war, nicht ohne Rückwirkung bleiben. Im Allgemeinen zeigt sich dieses darin, daß man in den geistlichen Gerichten nicht bei denjenigen Fällen stehen blieb, in welchen das römische Recht einen possessorischen Schutz anerkannte, sondern denselben auch in den dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen, wie in den weltlichen Gerichten, zuließ.

---

1) Albrecht, Gewere S. 5.

2) Albrecht, Gewere §. 3.

3) S. besonders die bei Albrecht, a. a. O. S. 15, Note 41, abgedruckte Stelle des baier. Landrechts.

4) Der gem. deut. Proceß, Beit. 4. S. 197 f. Vergl. noch Les assises de Jerusalem c. 63. (Die erste Aufzeichnung derselben fällt in das J. 1099, die spätere Bearbeitung ist von 1250.)

5) Albrecht, a. a. O. S. 17, Note 47.

6) Albrecht, a. a. O. S. 16 ff.

Wenn gleich die Abfassung einzelner der angeführten Rechtsquellen in eine Zeit fällt, wo der Gebrauch des römischen Rechtes schon allgemeiner zu werden begann, so wird man deshalb doch nicht behaupten können, daß die in jenen enthaltenen Bestimmungen aus dem römischen Recht entlehnt seien, denn dieser Schutz ist noch in den spätern Rechtsquellen an so eigenthümliche Bedingungen geknüpft (s. unten §. 17. a. E.), daß sein germanischer Ursprung nicht nur nicht zu verkennen ist, sondern durch den Zusammenhang, in welchem dieser Schutz mit der in allen germanischen Rechtsquellen der Gewere (als deren Mittelpunkt Haus und Hof eines Jeden erscheint) beigelegten Heiligkeit steht, ganz außer Zweifel gesetzt wird.

§. 3.

Weitere Fortbildung der deutschen Rechtsansicht unter dem Einflusse des römischen Rechts.

Der possessorische Schutz, welchen das deutsche Recht gewährte, erstreckte sich viel weiter, als derselbe im römischen Recht anerkannt ist. Im Allgemeinen kennt dieses nur Schutzmittel für den (juristischen) Besitz körperlicher Sachen und einzelner Servituten; nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes dagegen wurde die Gewere überhaupt vom Richter geschützt, also bei körperlichen Sachen die bloße Detention, und die Ausübung aller Rechte, welche die Gewere zu ihrer Grundlage hatten. Die Wirkung, welche die Anwendung des römischen Rechts auf die Umgestaltung des Rechtszustandes in Deutschland überhaupt gehabt hat, daß nämlich, so oft ein Institut dem fremden wie dem einheimischen Recht bekannt war, die Grundsätze des einen oder andern nicht eine ausschließliche Geltung erlangten und in ihrer unvermischten Reinheit sich erhielten, sondern daß vielmehr aus der Verschmelzung der Grundsätze beider Institute ein neues hervorging, in dessen bestimmter ausgeprägter Form der wissenschaftliche Charakter des römischen Rechtes vorherrschte, in dessen Inhalt aber die deutschen Elemente erkennbar blieben, trat auch in der Lehre vom Besitz gleichmäßig ein. Die Verschmelzung ging durch die Rechtsanwendung vor sich, ungeachtet der großen Meinungsverschiedenheit, welche sich zwischen den Lehrern des römischen und kanonischen Rechts geltend machte. Diese Meinungsverschiedenheit liefert vielmehr den Beweis, daß die Grundsätze

des römischen Rechtes nie vollständig durchgedrungen sind; denn während die Legisten in der Regel den possessorischen Schutz auf das römische Recht zurückführten, ließen die Decretisten denselben auf den Grund einzelner Stellen des kanonischen Rechtes noch in vielen andern Fällen zu. Beide gingen aber in ihren Ansichten zu weit. Daß das römische Recht nie vollständig zur Anwendung gekommen ist, zeigt sich besonders in der von den Decretisten vornehmlich auf den Kanon Redintegranda gebauten Theorie des Besitzes, in welcher die Nachwirkung germanischer Grundsätze auf das Vollständigste hervortritt; denn indem sie aus demselben auch die Bestimmung ableiteten, daß die bloße Detention des richterlichen Schutzes genieße, vertheidigten sie unbewußt die oben erwähnte germanische Ansicht, daß jede Gewere vom Richter geschützt werde; aber auch sie gingen zu weit, indem sie es gänzlich übersahen, daß das kanonische Recht, wenngleich es in den Bestimmungen über den Besitz, wie in den meisten das Privatrecht berührenden Vorschriften, auf germanischem Boden steht, dennoch von dem Einflusse des römischen Rechtes nicht frei geblieben ist.

Fragt man nun aber, wie sich unter diesen verschiedenen Ansichten die Theorie des Besitzes in Deutschland gestaltet habe, so kann darauf nur diese Antwort gegeben werden: die ganze wissenschaftliche Form der Lehre ist einzig und allein auf das römische Recht gestützt, allein der Stoff ist durch deutsches Recht dadurch erweitert, daß ein possessorischer Schutz in der Ausübung mehrerer eigenthümlich deutschen Rechte fortwährend anerkannt wurde. Insonderheit sind die Rechtsmittel, durch welche der Besitz geschützt wird, lediglich aus dem römischen Recht entlehnt; denn ein neues ist in dem kanonischen nicht gegeben, vielmehr enthält dasselbe nur eine Anwendung der römischen Rechtsmittel auf die eigenthümlich deutschen Verhältnisse *).

Durch die Ausdehnung des Besitzes auf die dem deutschen Recht eigenthümlichen auf der Gewere beruhenden Rechte ist der Begriff des Besitzes, wie wir ihn im römischen Rechte ausgeprägt finden, durchaus nicht verändert; er besteht auch jetzt noch in der Ausübung eines dinglichen Rechtes; denn die dem deutschen Rechte eigenthümlichen Befugnisse, welche die Gewere zu ihrer Grundlage ha-

*) Ueber das Verhältniß der Spolienklage zu dem interd. de vi s. unten §. 17.

den, gehören nach der aus dem römischen Rechte entlehnten Classification der Rechte zu den dinglichen. Nirgends finden wir aber im deutschen Recht eine Andeutung, daß bei der Ausübung der an Familien- und Standesverhältnisse geknüpften Befugnisse oder bloßer Forderungsrechte eine Gewere angenommen sei. Diese Ansicht des deutschen Rechts ist freilich von den ältern Juristen durchaus nicht beachtet, und so konnten sie durch leere Abstraction zu den in der Einleitung erwähnten Resultaten gelangen, durch welche die gänzliche Vernachlässigung der Geschichte des deutschen Rechts sich bitter an ihnen gerächt hat.

§. 4.

Urkundliche Nachweisung, daß bei mehreren ursprünglich deutsch-rechtlichen Verhältnissen ein Quasibesitz von jeher angenommen und vom Richter geschützt ist.

Der Beweis, daß nach der Ansicht des deutschen Rechts bei mehreren demselben eigenthümlich angehörenden Verhältnissen ein von dem Richter zu schützender Quasibesitz angenommen sei, kann aus dem kanonischen Recht und den Reichsgesetzen nur sehr unvollständig geführt werden, da diese Lehre in den genannten Rechtsquellen nicht ihren Sitz hat, deren einzelne Entscheidungen vielmehr nur eine schon vorher durch die Praxis begründete Rechtsansicht anerkennen. Dagegen enthalten die Urkunden ein sehr reiches, fast noch gar nicht benutztes, aber zur Erklärung der hierher gehörenden Stellen des kanonischen Rechts und der Reichsgesetze ganz unentbehrliches Material. Ich habe es daher versucht, die deutsche Rechtsansicht in den über einzelne Rechtsgeschäfte aufgesetzten Urkunden aufzusuchen, und durch dieses, aus der unmittelbaren Rechtsanwendung abgeleitete Resultat die Gesetzgebung zu erklären und zu ergänzen.

Ich lasse jetzt mehrere Auszüge aus Urkunden folgen (deren Inhalt bei den weiter unten folgenden Untersuchungen genauer benutzt werden wird), und zwar zunächst solche, welche darthun, daß bei mehreren dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen ein durch die Ausübung begründeter Quasibesitz (Gewere) angenommen worden ist.

I. In einer über ein bestrittenes Patronatrecht gepflogenen Ver-

gleichsverhandlung v. J. 1209 (*Mon. Boica*, t. 10. n. 13. p. 461) kommt folgende Stelle vor:

Cumque taliter predictum cenobium ejusdem *juris patronatus* diutina *possessione* gauderet — —

II. Urk. v. J. 1222 (*ab Erath.*, cod. dipl. Quedlinb. n. 31. p. 140).

Sophia Dei gratia Quidilingeburgensis Abbatissa —. Notum igitur esse volumus, — quod ecclesia in Lapide Sancti Michaelis — ex usibus thelonei civitatis nostre, qui de sale proveniunt, ab ecclesia nostra XXX *solidos* annuatim *libera possessione tenuit et quieta*. Nos utique diligenter super eo discutientes et considerantes, personis religiosis et spiritualibus — theloneares non expedire proventus, licet jam dicta ecclesia multorum annorum spatio prescriptos *redditus possederit* — predicti loci fratres omnia, que in pretaxato tenebant theloneo — nobis precipimus resignari *).

III. Urk. v. J. 1245. (*Günther*, cod. Rh. Mos. t. 2. n. 109.)

— — quas *decimas* — — et ipse custos et antecessores sui — — quiete receperint, et in pacifica fuerint *possessione* —. Et Henricus miles — — custodem — — in *possessione decime* sue pacifica impedivisset —.

IV. Urk. v. J. 1280. (Das. t. 2. n. 299. p. 442.

Cum progenitores nostri — — hactenus a tempore cujus non extat memoria, jus habuerint et in *possessione vel quasi fuerint juris percipiendi decimam* de universis bonis seu terris sitis in villa B.

V. Schiedsrichterlicher Spruch zweier Canonici der Kirche zu Cöln v. J. 1293. (*Würdtwein*, nova subsid. dipl. t. 4. n. 25. p. 70.)

— Noveritis, quod cum inter venerabilem virum Dominum C. Prepositum et Archidiaconum predicte Colon. Ecclesie ex una parte et discretum virum P. Decanum Ecclesie S. Marie ad Gradus Colon. exorta fuisset materia questionis super institutionibus et destitutionibus ecclesiarum in oppido Tremoniensi et Decanatu ejusdem consistentium, nec non excessuum correctionibus in Clero et

*) Wiederholt in einer Urk. v. J. 1229. Das. n. 47. p. 149.

populo, jurisdictione et his similibus infra terminum et distrietum dicti Decanatus Tremoniensis, que omnia dictus Prepositus et Archidiaconus ad se spectare dicebat, dicto Decano contrarium asserente, immo ad se omnia et singula premissa pertinere pleno jure dicente de consuetudine prescripta a tempore, cujus memoria non extabat, et quod ipse Decanus et sui Antecessores a tempore, quo sanctus Anno ecclesiam sancte Marie ad Gradus fundavit, sit et fuerint *in possessione juris vel quasi instituendi et exercendi* premissa et his similia infra limites Decanatus Tremoniensis etc.

VI. Urk. v. J. 1302. (*Günther*, l. c. t. 3. n. 12. p. 106.)
—— Conradus — dominus de T. notitiam veritatis. Licet venerabiles viri decanus et capitulum ecclesie Monasteriensis in Eyflia et predecessores eorum sint et fuerint a tempore cujus memoria non existit, in *possessione quieta* et perceptione pacifica *decimarum* novalium — in parochiis de V. et de S. — ita quod nullus temporibus patris nostri, avi et proavi *possessionem* dictarum *decimarum* et perceptionem pacificam turbaverit, impediverit seu inquietaverit ulla causa tamen nos opinantes — jus circa dictas novalium decimas habere seu ad nos pertinere, dictorum decani et capituli possessionem quietam et perceptionem pacificam hactenus possessam et habitam turbavimus et inquietavimus dictos decanum et capitulum super dictis novalium decimis impugnando.

VII. Urk. v. J. 1425 (*Harenberg*, antiq. Gandersh. p. 884).
—— vnde wy antwordet one den *teghenden* ouer de — houe — in ore vpnemende brukende hebbende ruweliken *were*, also dat se den alle iar vpnemen vnde bruken schullen.

VIII. Urk. v. J. 1451 (Das. p. 434.)
—— mit dem *tegeden* to B — wen wi den in *weren* vnd vpname hebben.

IX. Urk. v. J. 1454. (Entdeckter Ungrund der Einwendungen gegen des teut. Ritterordens Balley Hessen — Immedietät — Beil. N. 11.)
—— Brenget der ersame her Martin — zu als recht ist, mit alden unverletzten Registorn, daß der Probst — pflichtig

und schuldig sin zu geben achte Schillinge phenige — und seß Kese und die in offhebendiger Gewere herbracht han und bezahlet sin [1]).

X. Urk. v. J. 1434. (*Mon. Boica*, t. 23. p. 397.)

— haben wir (die Verkäufer) yn (den Käufern) den obgenanten *zehanten* mit aller zugehorung ubergeben auss vnnser *nutz vnd gewer* vnd sy des eingeseczt in ir rechte nutz vnd gewer [2]).

XI. Auszug aus einer processualischen Verhandlung zwischen dem Abt zu Ettal als Kläger und dem Abt zu Fürstenfeld v. J. 1488. (Das. t. 7. n. 54. p. 302 flg.) Der Kläger bringt vor: wie er ein *Gericht* zu M. in der Grafschafft D. das hette er bisher beruhlich in stiller *Nutz und Gewer* — ingehabt, darin thete Im der von Furstenfeld Irrung vermeinende, dass er sein Hindersassen daselbs zu M. und nit der von Etal als Gerichts Herr zu straffen —.

XII. Urk. v. J. 1506. (*Kreysig*, dipl. et script. ad hist. Germ. t. 2. p. 675.)

— Setze auch sie des *Zehens* halben In stille nutzliche *gewerde* vnd gebrauch den Innen zu haben zu gebrauchen vnd zu geniessen [3]).

Dieser Quasibesitz wurde, wenn er widerrechtlicher Weise verletzt oder entzogen war, durch den Richter geschützt.

XIII. Urtheilsspruch gegen das J. 1170. (*Meichelbeck*, histor. Frising. t. 1. pars instr. n. 1348. p. 562.)

Ego Alb. Sanctae Tridentinae Ecclesiae Episcopus visis et auditis allegationibus Domini Alberti Frisingensis Episcopi super lite, quae vertebatur inter eum et Comitem Pertoldum de Tyrole et Comitem Arnoldum de Grifenstain de *possessione decimationum* novalium —. Et cum saepe interrogati non contradicerent, et per plures testes cognovissem, Ecclesiam de Cella horum novalium decimationem

1) *Haltaus*, gloss. v. aufheben.

2) Vergl. *Mon.* B. t. 9. p. 605. a. 1320; t. 12. p. 263. a. 1468; t. 15. p. 491. a. 1397; t. 23. p. 140. a. 1346; p. 142. ej. a., p. 165. a. 1350; p. 170. a. 1351. Zeugenrotul aus dem 14. Jahrh. in: Gründliche Ausführung der Reichsstadt Lindau, S. 527 ff.

3) Vergl. *Kreysig*, l. c. p. 673. a. 1505. *Mon. B.* t. 23. p. 599. a. 1497.

possedisse, Comites ad *restituendam eam partem possessionis decimationum* istorum novalium, quam ipsi tenent, condempno [1]).

XIV. Urtheil des Domcapitels zu Regensburg v. J. 1275. (*Mon. Boica*, t. 15. n. 16. p. 185.)

Nos A. Praepositus, V. Decanus totumque Ratisb. Ecclesiae Capitulum — volumus esse notum, quod cum Chunradus — Abbas in Prüel nomine suo et Monasterii sui Chunradum — verum Pastorem in Schönaich et Fridericum Provisorem ejusdem Ecclesiae coram nobis traxisset in causa dicens et proponens in figura judicii contra eos, quod eum et Monasterium in Prüel *Possessione* duarum partium *Decimae* majoris et minutae in Schönaich — et tertia parte in Haimpuch — quas ipse et antecessores sui nomine Monasterii Prüellensis multis annis et temporibus possederunt pacifice et quiete, contra Deum et Justitiam indebite *spoliassent*. Tandem quia nobis auditis Juribus utriusque partis constitutis evidenter cunctis juris Solemnitatibus observatis, quod praedictus Abbas Monasterii in Prüel super dicta Possessione Decimarum, quae superius sunt expositae, per ipsum Chunradum Decanum verum Pastorem in Schönaich et per Fridericum Provisorem ejusdem Ecclesiae per *violentiam fuerat destitutus*, Nos ipsum Abbatem et Monasterium in Prüel ad eandem *possessionem* duximus *restituendum*, Justitia mediante, quam de facto amiserat non de jure., *servata tamen quaestione proprietatis* [2]) *parti adversae*, si quando jus suum contra ipsum Monasterium duxerit prosequendum.

XV. Urk. v. J. 1279. (*de Falckenstein*, cod. dipl. Nordg. n. 69.)

Nos Hildebrandus Dei gratia Eystettensis Episcopus et nos Ludwigus Senior de Ottingen profitemur —, quod supra causis controversis et discordiis inter nos habitis de *jure patronatus* in S — —. Nos arbitros elegimus — quibus damus potestatem amicabiliter componendi si poterunt,

---

1) Vergl. auch XX. u. XXI.

2) Vergl. Urtheil desselben Gerichts v. J. 1289. Das. t. 16. p. 297.

si autem non poterunt, per viam stricti arbitrii tam *petitorium quam possessorium* terminabuntur.

XVI. Urtheil in einem über den Besitz des Patronatrechts geführten Processe v. J. 1256. (*Meichelbeck*, l. c. t. 2. pars instr. n. 181. 1. p. 117.)

— — Et meritis ipsius causae et partium plenius consideratis et receptis testibus — habito sapientum consilio dictum procuratorem praefati Episcopi — in *possessionem juris patronatus* Ecclesiae in P. *restituimus*.

XVII. Urk. v. J. 1304. (*Mon. B.* t. 12. n. 46. p. 153.)

Nos C. Praepositus, C. Decanus totumque Capitulum Ratisponensis Ecclesiae, quia Domino C. — Abbate de Obernaltach et Conventu suo agentibus contra — Dominum A. Vicarium in Haybach et petentibus quod cum idem Vicarius eos *possessione vel quasi tertie partis decimarum* in — O — *spoliaverit*, restitueretur ad decimas supra dictas et perceptionem earum — et idem Abbas et Conventus possessionem hujusmodi et *dejectionem* se obtulerunt probaturos, idem Vicarius spoliationem hujusmodi non negavit, ipsos Abbatem et Conventum *restituimus* ad omnes decimas supradictas et perceptionem plenariam earundem.

XVIII. Entscheidung des Papstes Urban V. in einem Streite zwischen dem Abt Gotschalk zu Pegau und Bürgermeister und Rath daselbst über gewisse Hoheitsrechte v. J. 1393. (*de Ludewig*, rel. manusc. t. 2. n. 82. p. 317 ff.)

Petitio dilectorum filiorum Gotschalci abbatis et conuentus monasterii Pigauiensis — Merseburgensis diocesis nobis exhibita continebat, quod licet supremum dominium in opido Pigauiensi dicte diocesis ac emolumentorum ratione hujusmodi dominii prouenientium perceptio, nec non proconsulis et consulum dicti opidi, dum ad proconsulatus et consulatuum officia de nouo assumuntur, confirmatio ac iuramentorum per ipsos proconsulem et consules ac scabinos et notaries predicti opidi prestandorum receptio, nec non etiam cujusdam census annui viginti marcharum argenti ipsis abbati et conuentui in dicto opido et ejus suburbiis debiti perceptio ad dictos abbatem et conuentum pertinerent, prout pertinent, et tum iidem Gotschalcus abbas et conuentus

quam predecessores eorum fuissent et tunc etiam existerent in pacifica *possessione uel quasi dominii percipiendi emolumenta et censum hujusmodi, confirmandi proconsulem et consules et recipiendi iuramenta predicta* a tempore cujus contrarii memoria non existebat. Quia tamen proconsul, consules, scabini et uniuersitas dicti opidi eodem abbatem et conuentum dominio et emolumento predictis possessione seu quasi confirmandi proconsules — — et etiam censu predicto contra iustitiam *spoliarunt*, — prefati abbas et conuentus — prefatos proconsulem, consules, scabinos et uniuersitatem requisierunt, ut eisdem abbati et conuentui possessionem uel quasi predicti supremi dominii, percipiendi emolumenta et censum — dimitterent. — — Nachdem die Sache auf dem Wege der Berufung an den Papst gekommen war, erfolgte die nachstehende Entscheidung: spoliationem predictam fuisse et esse temeratam, illicitam et iniquam, ac de facto temere, indebite ac inique attemptatam et quatenus de facto processit, reuocandam fore — ipsosque abbatem et conuentum ad possessionem uel quasi supremi dominii, iuramenti fidelitatis, confirmationis proconsulis consulum ac iuramentorum inde secutorum et annui census predictos ad *statum suum pristinum reducendos, restituendos et redintegrandos fore.*

XIX. Processualische Verhandlung vom J. 1491 (*Mon. Boica*, t. 16. n. 217. p. 511 seq.).

— — Sindicus dicti monasterii ponit et dicit, quod monasterium in vnderschoenfeldt fuit *in possessione vel quasi percipiendi unam libram piperis* ex bonis situatis in H. — item quod dictus A. T. reus, qui possidet hujusmodi bona in H. — animo et intentione dictum monasterium sua pacifica et quieta possessione privandi et spoliandi — dictam libram piperis distulit ac solvere *recusavit* — item quod, licet reus ad solvendam dictam libram piperis sepius amice requisitus fuerit, ipse tamen semper recusavit —. Quare — petit Sindicus — quatenus — possessionem dicte libre piperis *violenter* ablatam fuisse et esse restituendam —. Nos tunc judices prefati — promulgamus definitivam sententiam talis modo sub tenore: — pronunciavimus — Abbatissam

monasterii in Schoenfeldt inferiori — et ejus monasterium actricem in possessione vel quasi percipiendi annuatim a reo unam libram piperis — ipsamque dominam actricem possessione hujusmodi per decennium proxime preteritum ob non solutionem ejusdem libre piperis spoliatam et destitutam esse; quocirca eandem dominam abbatissam *in pristinam possessionem libre piperis annui census restituendam et reintegrandam fore*, ac restituimus et reintegramus.

Auf das Recht selbst kam es dabei nicht an; die Entscheidung darüber bildete ein besonderes Verfahren, und wurde meist in dem den Besitzstreit endigenden Erkenntniß vorbehalten. Außer der unter No. XIV. mitgetheilten Urkunde gehört hierher:

XX. eine Decretale Hadrian's IV. zwischen 1154 und 1159. (Antiquae coll. decretalium, coll. 1. [Bernhardi Papiensis] lib. 3. tit. 26. de decimis c. 19.)

Hadrianus monachis de sancto Lav. Sicut vobis vestra iura integra vultis illibataque servari: sic et aliis justitiam suam subtrahere nequaquam debetis. Audivimus autem, quod decimas ecclesiae de Colligran cum ea, in qua solvi debebant integritate, antequam fundus ad vestrum dominium perveniret, non solvitis. Unde quoniam indecens et inhonestum vobis valde existit, ut aliis damna praesumatis inferre, quae vobis nullatenus irrogari velletis, universitati vestrae per A. s. m. et m. prae. qua. [1]) praedictas decimas memoratae ecclesiae sine deminutione aliqua et cum ea integritate, in qua antiquitus solvi solebant, solvere non differatis. — Verumtamen si quid *juris* ibi vos habere confiditis in praesentia ven. fr. nostri wingorniensis Episcopi et dilecti filii nostri Decani Cicestrensis oc. et ap. [2]) remota, ordine iudiciario experiamini, quod ipsi inter vos et partem alteram duxerint statuendum firmiter suscepturi et inviolabiliter servaturi.

XXI. Decretale Alexander's III. zwischen 1159 u. 1180. (Das. c. 22.)

Alexander III. Lundon. et Wig. Episcopis. Deferente ma-

---

1) I. e. Apostolica scripta mandamus et mandando praecipimus quatenus.
2) I. e. occasione et appellatione.

gistro N. latore praesentium nobis innotuit, quod hospitalarii de A. decimas de nutrimentis animalium suorum et decimas quarundam terrarum, quae ad jus ejusdem ecclesiae spectare noscuntur, solvere *contradicunt*, et injuste detinere praesumunt. Inde est, quod praecipiendo m. qua. praedictos hospitalarios inducatis, ut praescriptas decimas tam majores quam minores, aut earum aestimationem memorato N. sine diminutione restituant et de solvendis nullam inferant molestiam, aut in praesentia vestra ap. re. *exhibeant justitiae complementum* [1]) nullo munimento juri N. praejudicium faciente. Quod si ad admonitionem vestram neutrum horum adimplere voluerint, ipsos ad alterum efficiendum ecclesiastica districtione compellatis.

Diese bis in das 12. Jahrhundert hinabreichenden Urkunden enthalten eine weitere Bestätigung der oben vertheidigten Ansicht, daß die Ausübung derjenigen Rechte, welche die Gewere zu ihrer Grundlage hatten, eines, von den Bestimmungen des römischen Rechtes ganz unabhängigen, possessorischen Schutzes genossen habe. Die bekannte Ansicht der mit dem römischen Rechte vertrauten Juristen über die Bedeutung des einheimischen Gewohnheitsrechts, und das daraus hervorgehende Streben, die eigenthümlich deutschen Institute auf jenes zurückzuführen, oder wenigstens an dasselbe anzulehnen, tritt aber auch in einzelnen der mitgetheilten Urkunden, besonders in der aus dem römischen Rechte entlehnten Terminologie (quasi possessio) hervor.

Nehmen wir jetzt Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen, so ergibt sich, daß das kanonische Recht des Quasibesitzes bei Ausübung mehrerer eigenthümlich deutschen Rechte erwähnt. So ist die Rede von einer *possessio juris parochialis* [2]), von dem Quasibesitz des einer geistlichen Corporation zustehenden Wahlrechts [3]), von einer quasipossessio *juris patronatus* [4]), von einer possessio *affictuum et pensionum* [5]) und vom Besitz des Zehntrechts [6]).

1) Diplom des Papstes Innocenz II. v. J. 1142. (*Mon. Boica*, t. 1. n. 5. p. 358.)
2) C. 2. X. ut lite non contest. (2. 6.); c. 17. X. de rest. spol. (2. 13.)
3) C. 3. X. de causa poss. et propr. (2. 12.)
4) C. 24. X. de elect. (1. 6.), c. 19. X. de jure patron. (3. 38.)
5) C. 19. X. de rest. spol.
6) C. 6. 19. de praescript. (2. 26.)

Allein man würde irren, wenn man in diesen Stellen den Grund der deutschen Rechtsansicht finden wollte; das kanonische Recht hat sich vielmehr an die schon vorher bestehende Rechtsansicht angeschlossen und dieselbe seinen Entscheidungen zu Grunde gelegt.

Auch in den Reichsgesetzen begegnen wir vielen Aussprüchen, welche einen vom Richter zu schützenden Quasibesitz gewisser Rechte annehmen. Es mögen hier nur folgende Stellen erwähnt werden:

Reichsabsch. v. J. 1548, §. 59.

— — wo sich befinde, daß ein ausgezogener Stand — hätte dem heiligen Reich gesteuert und also das Reich in *quasi possessione* wäre —.

Instr. pac. Osnab. art. 5. §. 46.

Illi vero reditus, census, decimae, pensiones, — quae statibus Augustanae confessionis — e Catholicorum provinciis debentur, quorumque in *possessione vel quasi percipiendi* anno 1624 die 1. Januarii fuerunt. Ibid. §. 47.

§. 48. — Ad consequendos tamen reditus, census, decimas, pensiones in iis Augustanae confessionis statuum ditionibus ubi Catholici — in *possessione vel quasi exercitii jurisdictionis* Ecclesiasticae fuerunt —.

Umgekehrt wird in dem Falle, wo ein Besitz des Rechtes nicht vorhanden ist, eine *possessio libertatis* auf Seiten des Gegners angenommen*).

Weit entfernt also, daß die deutsche Rechtsansicht durch das römische Recht verdrängt worden wäre, tritt dieselbe noch in einer Zeit, wo dieses über das einheimische im Allgemeinen schon längst den Sieg davon getragen hatte, auf das Unzweideutigste hervor. Besonders wichtig sind in dieser Beziehung mehrere reichsgesetzliche Bestimmungen, in welchen der possessio und der Gewere an körperlichen Sachen und Gerechtigkeiten der richterliche Schutz zugesichert wird.

Landfrieden v. J. 1548, Eing. §. 1.

— — Daß auch keiner den andern seiner Possession, Inhabens oder Gewehr, es weren Schloß, Städt, Dörffer, Kirchen, Klöster, Clausen Zinß, Gülden, Zehenden, liegend

*) R.-A. v. 1576, §. 20 u. 104; v. 1567, §. 52; v. 1594, §. 16. S. unten §. 18.

und fahrend Haab und Güter, Regalia, Jurisdiction, Gericht, Hoch- und Oberkeiten, Geistlicher und Weltlicher Zöll, Wasser, Weyde und aller anderer Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, mit gewehrter Hand und gewaltiger That freventlich entsetzen.

Reichsabsch. von Trier und Cöln v. J. 1512, Th. 1. Tit. 4. §. 12.

Und nachdem sich oftmals im Reich begiebt, daß der streitigen Possession oder Gewehr halben Spän und Irrthum — entstehen, haben wir demselben zu begegnen, geordnet —: Ob hinfüro zween oder mehr — irrig oder streitig würden um Innhaben oder Possession eines Guts oder Gerechtigkeit rc.[1]).

§. 5.

Feststellung derjenigen Rechte, deren Ausübung einen Quasibesitz begründet.

Roßhirt[2]) will aus den Worten der L. 14. D. de servit. (8. 1.): „Servitutes praediorum rusticorum, *etiamsi corporibus accedunt*, incorporales tamen sunt" ein allgemeines Kriterium für die Beantwortung der Frage ableiten, in welchen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen sei. Das accedere corporibus drücke nämlich „die Beziehung auf eine körperliche Sache, als die Grundlage des dinglichen Rechtes, welches sich nur da denken läßt, woran Eigenthum möglich ist," aus. Die Rechte nun, welche diese Eigenschaft haben, sollen auch einen Quasibesitz zulassen, denn dieses corporibus accedere sei nicht eine Eigenthümlichkeit der Rusticalservituten, sondern gelte eigentlich für alle dinglichen Rechte, und nur bei solchen könne ein Besitz vorkommen. Abgesehen davon aber, daß bei dieser Ansicht von der (wenn gleich ganz richtigen, §. 3), Voraussetzung ausgegangen ist, daß der Begriff des Besitzes durch deutsch-rechtliche Grundsätze nicht verändert sei, so kann doch aus dem römischen Rechte niemals die Frage entschieden werden, auf welche

1) Vergl. R.-A. von Worms v. J. 1521, Tit. 32. §. 1. K.-G.-Ord. v. 1555, Th. 2. Tit. 21. Diese Stelle ist auch in das Concept der K.-G.-Ord. v. 1613, Th. 2. Tit. 22. übergegangen.

2) Arch. f. d. civ. Pr. B. 8. S. 27 u. 49 ff.

einzelnen Rechte das accedere corporibus Anwendung leide. Wir müssen daher im deutschen Recht ein Princip aufsuchen, nach welchem entschieden werden kann, in welchen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen ist. Dieses Princip ist folgendes: Ein Quasibesitz wird durch die Ausübung aller Rechte begründet, an welchen nach den Grundsätzen des ältern Rechts eine rechte Gewere Statt fand, oder welche, wie man sich jetzt ausdrückt, auf Grund und Boden radicirt sind. Hierher gehören nicht nur die Rechte, welche sich auf ein einzelnes Grundstück als verpflichtetes Subject beziehen, sondern auch diejenigen, welche sich über einen ganzen Bezirk, über ein ganzes Territorium, erstrecken und daher gegen jeden Bewohner desselben geltend gemacht werden können. Welche Rechte im Einzelnen diesen Charakter haben, läßt sich nur aus dem ältern Recht nachweisen. Mehreren derselben wird diese Eigenschaft in den ältern Rechtsquellen geradezu beigelegt; namentlich wird bei den durch den Rentenkauf auf ein Grundstück fundirten Zinsen [1]), dem Zehnten [2]) und andern Grundzinsen [3]), die daran stattfindende Gewere ausdrücklich erwähnt; ferner wird in einer Urk. v. J. 1313 [4]) dem Patron eine rechte Gewere am Patronatrecht zugeschrieben. Es läßt sich aber ein allgemeines Merkmal angeben, nach welchem es keine Schwierigkeit hat, diejenigen Rechte, welche in diese Kategorie gehören, zu bestimmen. Die Regel des longobardischen Lehenrechts nämlich in II F. 1. §. 1: Sciendum est autem, feudum sive beneficium non nisi in rebus soli, aut solo cohaerentibus, aut in iis, quae inter immobilia connumerantur — posse consistere, entspricht der Regel des deutschen Rechts, daß ein Lehen im eigentlichen Sinne nur an solchen Sachen bestellt werden könne, an welchen eine rechte Gewere stattfindet [5]); daher können wir bei allen Rechten, welche als fähig zur Infeudation im ältern Recht angesehen wurden, was bei dem häufigen Vorkommen des Lehensnexus niemals zweifelhaft ist, schließen, daß sie auf Grund und Boden

1) Meine Reallasten §. 16.

2) Das. §. 53. und die oben Nr. VII., VIII., X. u. XI. abgedruckten Stellen.

3) In der oben Nr. IX. abgedr. Stelle.

4) *Würdtwein*, subsid. dipl. t. 6. n. 23. p. 129.

5) Schwäb. Lehenr. 100. §. 6: len one gewer ist nit len; 107. §. 8: — alles len one gewer ist unrecht len. Albrecht, Gew. S. 282 ff.

radicirt seien. Diese Rechte sind es auch, welche in den am Ende des vorhergehenden Paragraphen abgedruckten Stellen der Reichsgesetze Gerechtigkeiten genannt werden, womit auch der heutige Sprachgebrauch übereinstimmt.

Nach der gemeinen Meinung ist aber das kanonische Recht hierbei nicht stehen geblieben, und gestützt auf einzelne Stellen desselben ließen die ältern Juristen, wie in der Einleitung erwähnt ist, einen possessorischen Schutz auch noch in andern Verhältnissen zu. Diese in der neuern Zeit von v. Savigny[1]) siegreich bekämpfte Ansicht ist jetzt wieder von Geiger[2]), nur mit der Beschränkung in Schutz genommen, daß durch Ausübung eines Forderungsrechtes kein Quasibesitz begründet werde. Soviel ist hier zunächst außer Zweifel, daß nach ausdrücklichen Stellen des kanonischen Rechtes die Ausübung des Diöcesan- und Parochialrechts[3]), so wie insonderheit die Concurrenz bei der Besetzung geistlicher Pfründen als einen Quasibesitz begründend angesehen wird, namentlich die Ausübung des Patronatrechts[4]) und des einer geistlichen Corporation zustehenden Wahlrechts[5]). Allein das Princip ist auch hier festgehalten worden. Die Staatsgewalt im Ganzen nämlich, so wie die einzelnen in ihr enthaltenen Hoheitsrechte[6]) sind in Deutschland von jeher als ein lehensfähiges Object angesehen worden, also als Rechte, die auf Grund und Boden radicirt sind; eine analoge Anwendung dieses Grundsatzes auf die Kirchengewalt und die einzelnen darin begriffenen Befugnisse lag daher nicht fern, zumal da, gleichwie die Grafschaften und Herzogthümer, so auch die Abteien und Bisthümer von dem Kaiser zu Lehen gegeben wurden[7]). Der in dieser Beziehung zwischen diesem und dem Papste geführte und durch das Concordatum Calixtinum verglichene Streit zerriß den Lehensnexus nicht, denn wenngleich fortan der Kaiser die Bischöfe nur mit den Temporalien belehnen sollte[8]), so trat dafür das dem Papst

---

1) Besitz 8. 49.
2) Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. B. 13. S. 278 ff.
3) C. 17. X. de restit. spol. (2. 13.)
4) C. 24. X. de elect. (1. 6.)
5) C. 3. X. de causa poss. et propr. (2. 12.)
6) S. z. B. §. 4. XI.
7) Eichhorn, R.-G. §. 190.
8) Das. §. 232.

schon durch die ältern Kirchengesetze eingeräumte Recht, dem Bischof die Spiritualien zu ertheilen, in Ausübung; und daß hierbei die Idee eines zwischen dem Papst und den Bischöfen bestehenden Lehensnexus immer festgehalten wurde, ergibt die bei der Consecration der Bischöfe übliche, der Belehnung mit weltlichen Gütern nachgebildete Form, so wie der schon seit Gregor VII. in einen wahren Vasalleneid verwandelte frühere Eid des kanonischen Gehorsams[1]). So wie also die Hoheitsrechte des weltlichen Regenten auf ein bestimmtes Territorium radicirt waren, so erstreckten sich die spirituellen Rechte des Kirchenobern über die einzelnen kirchlichen Sprengel. Daher konnte man nach der oben angeführten Urk. v. J. 1313 von einer rechten Gewere am Patronatrecht sprechen, so wie von einem Besitz des Rechts, eine Pfründe zu besetzen. Hierher gehört die oben unter V. abgedruckte Urk. v. J. 1293, wo von einer possessio juris vel quasi instituendi (parochum) die Rede ist. Auf dieselbe Weise verhielt es sich bei der Besetzung weltlicher Aemter:

> Auszug aus einem zwischen dem Bischof von Worms und der Stadtgemeinde daselbst geführten und im kaiserlichen Hofgericht 1494 entschiedenen Processe (*Schannat*, hist. ep. Worm. t. 2. n. 276). Der Bischof bringt hier vor:
>
> Wiewohl sein vorfarn Bischove zu Worms und Er eins, zehen, zwentzig, dreyzig, viertzig, oder ye so viel jare als zu recht genug seye, in ruhigem *beses oder quasi possess nutz und gewere* gewest weren, Burgermeister, Schultheissen, Rathe, Richter und Greffen in der stat Worms — zu *besetzen* —

Hiermit ist die unter XVIII. mitgetheilte Urk. v. J. 1393 zu vergleichen, wonach der Abt zu Pegau in dem Besitze des Rechts geschützt wird, den Stadtrath daselbst zu confirmiren und sich den Huldigungseid leisten zu lassen.

Es ist daher irrig, wenn Geiger[2]) das Recht der Besetzung geistlicher Pfründen für ein persönliches hält, und daher behauptet, daß das kanonische Recht einen Besitz auch bei Ausübung persönlicher Rechte annehme.

---

1) Das. §. 316. Kirchenrecht Th. 1. S. 588 ff. Vergl. auch Th. 2. S. 743 (beneficium bedeutet Lehen und Pfründe).

2) A. a. O. S. 277.

§. 6.

Die Ausübung von Forderungs- oder Familienrechten begründet keinen Quasibesitz.

Soweit ist also das Princip festgehalten, daß nur die Ausübung solcher Rechte, die als auf Grund und Boden radicirte gelten, einen Quasibesitz begründen kann. Nun wird aber nach der ältern gemeinen Meinung, die noch jetzt ihre Vertheidiger hat, auch bei andern Rechten, die dieser Eigenschaft gänzlich entbehren, ein Besitz angenommen, namentlich bei der Ausübung von Forderungs- und Familienrechten, weshalb diese Ansicht hier noch einer Prüfung zu unterwerfen ist.

Die Annahme der ältern Juristen, daß durch die Ausübung eines Forderungsrechtes ein zu schützender Quasibesitz begründet werde, entbehrt so sehr eines jeden haltbaren Grundes, und wird jetzt so allgemein als irrig verworfen, daß eine Widerlegung als ganz unnöthig angesehen werden muß. Es genügt hier, vor einem Irrthum zu warnen, welcher durch die Statthaftigkeit des Besitzes bei Ausübung der einer Reallast gegenüberstehenden Berechtigung erzeugt werden könnte. Wenngleich nämlich die Ausübung einer solchen Berechtigung mit der Ausübung eines reinen Forderungsrechtes (z. B. der Annahme von Zinsen eines ausgeliehenen Capitals) darin ganz übereinstimmt, daß von einem Dritten eine Leistung vorgenommen wird (eine Aehnlichkeit, die zu der Ansicht Veranlassung gegeben hat, die Reallasten als dingliche Obligationen, oder subjectiv dingliche Rechte zu behandeln [1])), so ist dabei doch zu erwägen, daß die von dem Inhaber des belasteten Grundstücks zu beschaffende Leistung gar nicht zur Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung, sondern zur Anerkennung des dem Berechtigten an dem belasteten Grundstücke selbst zustehenden Rechtes geschieht [2]).

Dagegen ist auf die Frage hier noch näher einzugehen, ob nicht bei Familienverhältnissen ein zu schützender Besitz anzunehmen sei, da diese Ansicht in einzelnen Stellen des kanonischen Rechtes, wenigstens in Beziehung auf die Ehe, eine Stütze zu finden scheint, und auch neuerdings von Geiger [3]) wieder vertheidigt ist.

1) Meine Reall. §. 8 — 10.
2) Das. §. 15.
3) Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. B. 13. S. 277 ff.

Nach dem kanonischen Recht soll nämlich der Ehemann, wenn die Frau ihn verläßt[1]) und diese, wenn jener sie vertreibt, als spoliirt angesehen[2]) und der auf diese Weise das eheliche Beisammenleben aufhebende Ehegatte vom Richter zu dessen Fortsetzung angehalten werden, wenn dieselbe nicht als sündlich (z. B. wegen zu naher Verwandtschaft[3])) oder wegen der Rohheit des Mannes als lebensgefährlich für die Frau[4]) angesehen werden muß. Dieser dem ehelichen Verhältniß zu gewährende Schutz kann aber, wie von Savigny[5]) nachgewiesen hat, nur als eine provisorische Maßregel, die mit dem Besitz durchaus nicht in Verbindung steht, angesehen werden. Auch beweiset für die gemeine Meinung der Umstand nichts, daß in c. 13. cit. der Ehemann und die Ehefrau in den eben angeführten Fällen *spoliatus* und *spoliata* genannt werden; denn dieser Ausdruck kommt auch in einer weitern ganz unjuristischen dem deutschen berauben entsprechenden Bedeutung, welche er bei den lateinischen Classikern hat, auch noch später vor; so wird z. B. in einer vom Bischof von Regensburg ausgestellten Urk. v. J. 1296[6]) von denjenigen, welche die der Kirche vermachten Legate nicht auszahlen, gesagt, daß sie den Testator seines Seelenheiles beraubten („salutis remedio spoliantes"). Daß spoliare in diesem weitern Sinne im c. 13. gebraucht ist, muß man aber deshalb annehmen, weil die engere und juristische Bedeutung, in welcher es die Entziehung des Besitzes bezeichnet, hier ganz ohne Sinn ist.

Mit mehr Schein könnte man sich mit Geiger auf eine andere Aeußerung dieses c. 13. beziehen. Der Fall ist folgender: Eine Frau hatte ihren Mann verlassen und auf Ehescheidung geklagt, weil sie mit demselben in einem indispensabeln Grade verwandt sei. Der Mann verlangte dagegen, daß die Frau vorerst wieder zu ihm zurückkehre. Papst Innocenz III., an welchen sich der Richter, bei dem die Sache anhängig war, mit der Bitte um Belehrung gewendet hatte, rescribirte, daß über diesen Fall verschiedene Ansichten herrschten. Von Einigen werde nämlich behauptet, es müsse zuerst

---

1) C. 8. 13. X. de restit. spol. (2. 13.)
2) C. 10. X. eod.
3) C. 10 et 13. X. eod.
4) C. 8. c. 13. in fin. eod.
5) Besitz §. 49.
6) *Mon. Boica*, t. 26. n. 43. p. 37.

die Restitution erkannt und dann die Ehescheidungssache verhandelt werden, wofür sich eine Decretale des Papstes Lucius anführen lasse (c. 10. X. de rest. spol.); Andere seien dagegen der Meinung, daß zuerst der Ehescheidungsproceß entschieden werden müsse, wegen der Gefahr des Incests, wenn vorher die Restitution erkannt werde, und für diese Ansicht spreche eine Decretale des Papstes Clemens (c. 1. X. de ordin. cognit. 2. 10.): „Nos autem, sagt darauf Innocenz, ad praesens nullam de praedictis sententiis reprobamus, nec cuiquam earum aliquod praejudicium ex nostra responsione volumus generare, quamvis praescriptum Lucii papae mandatum ad *possessorium* responsum vero Clementis ad *petitorium* referatur. Um dem Scheine zu begegnen, als wenn die Entscheidungen der Päpste Lucius und Clemens mit einander im Widerspruch ständen, läßt Innocenz die Bemerkung mit einfließen, daß die eine Entscheidung auf das Possessorium, die andere auf das Petitorium zu beziehen sei. Mit jenem Ausdruck soll das Restitutionsverfahren, mit diesem der Ehescheidungsproceß selbst bezeichnet werden, wobei aber durchaus nicht anzunehmen ist, daß beide Ausdrücke in der technischen Bedeutung gebraucht seien, und das Restitutionsverfahren als ein wahrer Besitzstreit dem Ehescheidungsprocesse als dem Streite über das Recht entgegengesetzt werde.

Eben so wenig läßt es sich durch das c. 14. eod beweisen, daß das eheliche Beisammenleben die Rechte des Besitzes begründe. In dem hier erzählten Falle war ein junges Mädchen von ihrem Oheim einem noch nicht siebenjährigen Knaben zur Ehe bestimmt und in das Haus des Vaters desselben gebracht worden; nachdem aber das Mädchen mannbar geworden war, wollte es den Wunsch des Oheims nicht erfüllen und erbat sich vom Bischof des Wohnorts die Erlaubniß, einen Andern heirathen zu dürfen. Papst Innocenz III. entschied nun folgendermaßen: Quia igitur non credimus ambigendum, quin ipsa mulier, quamvis minor, causam possit matrimonii per procuratorem tractare, ac pars alia, quae mulieris restitutionem sibi fieri prius postulabat, restitui nequaquam debeat, utpote nullo juris seu *possessionis commodo destituta*, cum per solam traductionem, quam non praecesserunt sponsalia vel consensus legitimus, nec fuerunt etiam subsequuta, nullum inter eos obligatorium vinculum sit contractum. — Man schließt

nun so, daß, wenn die Ehe wirklich geschlossen ist, der das eheliche Beisammenleben eigenmächtig aufhebende Ehegatte zu dessen Fortsetzung gezwungen werden könne, weil er den andern des possessionis commodum beraubt habe. Allein daß dieses possessionis commodum von einem, wenn die Ehe in giltiger Form geschlossen ist, durch das begonnene gemeinschaftliche Leben begründeten juristischen Besitz des ehelichen Verhältnisses nicht verstanden werden kann, ergibt sich daraus, daß jenes possessionis commodum nur dann angenommen werden soll, wenn eine formell giltige Ehe eingegangen ist, d. h. also, wenn jeder Ehegatte das Recht hat zur Fortsetzung des ehelichen Lebens. Für den Besitz an sich ist aber das Recht dazu ganz irrelevant.

Eine solche, man kann nicht sagen Erweiterung, sondern gänzliche Vernichtung des Begriffes des Besitzes, wie sie aus den angeführten Stellen des kanonischen Rechtes abgeleitet wird, kann aus solchen beiläufigen Aeußerungen nimmer geschlossen werden. Diese Methode der Interpretation, wobei einzelne Aeußerungen gar nicht im Zusammenhange mit dem Rechtssystem im Ganzen erklärt, sondern als selbstständige, nur aus sich selbst zu erläuternde gesetzliche Verfügungen behandelt werden, führt noch zu weit seltsameren Resultaten. Da z. B. nach dem angeführten c. 14. ein possessionis commodum nur dann angenommen wird, wenn die Ehe in gesetzlicher Form eingegangen war, so könnte man daraus auch folgern, daß der Besitz nur dann geschützt werden dürfe, wenn man ein Recht dazu habe. Wenigstens könnte man auf den bekannten Satz des kanonischen Rechts: omne quod non ex fide est, peccatum est, die Behauptung stützen, daß nur ein im guten Glauben ausgeübter Besitz des richterlichen Schutzes theilhaftig werden könne, zumal da dasselbe eine Anwendung dieses Satzes in der Bestimmung enthält, daß derjenige, gegen welchen ein Spolium begangen worden, auch gegen den dritten Besitzer, welcher, um das Spolium wissend, die geraubte Sache an sich genommen, auf Restitution klagen kann, weil auch dessen Seele in Gefahr sei*).

*) c. 18. X. de rest. spol. (2. 13.)

Zweiter Abschnitt.

Erwerb des Quasibesitzes.

§. 7.

Erwerb des Quasibesitzes im Allgemeinen.

Der nicht blos für Servituten, sondern für alle dinglichen Rechte des römischen Rechtes geltende Satz, daß sie nicht im Thun bestehen können [1]), bringt es mit sich, daß nach der Natur dieser Rechte die Ausübung derselben sich nur darin zeigen kann, daß der Berechtigte bestimmte Handlungen vornimmt, oder derjenige, gegen welchen das Recht ausgeübt wird (wie bei den negativen Servituten den Inhaber des dienenden Grundstücks), bestimmte Handlungen unterläßt. Das römische Recht kennt daher nur einen solchen Quasibesitz, welcher, der Ausübung dieser Rechte entsprechend, durch die Vornahme bestimmter Handlungen von Seiten des Berechtigten oder die Unterlassung derselben von Seiten eines Dritten begründet wird. Diesem ganz entgegengesetzt kennt aber das deutsche Recht eine Reihe von dinglichen Rechten, welche nur durch die vermittelnde Concurrenz eines Dritten, welcher seinerseits bestimmte positive Handlungen vorzunehmen hat, ausgeübt werden können. Der Besitz dieser Rechte kann daher auch nur dadurch erworben werden, daß die denselben entsprechenden Handlungen von dem Dritten vorgenommen werden.

Die Voraussetzungen, welche den Erwerb des Quasibesitzes bedingen, sind im Allgemeinen dieselben, unter welchen der Besitz überhaupt erworben wird, also corpus und animus [2]). Die erste Voraussetzung ist vorhanden, wenn der, welcher den Besitz erwerben will, sich in der Ausübung des Rechtes befindet, also wenn ihm die auf dem Grundstücke ruhenden Dienste geleistet und die

1) von Buchholz, Versuche N. 14. S. 164. Büchel, civilr. Erört. Abh. 3. S. 5.

2) *Innocent.* IV. comm. ad c. 5. X. de rest. spol. n. 7. Roßhirt, im Archiv f. d. civ. Pr. B. 8. S. 66 ff.

Abgaben entrichtet sind. Der Besitzerwerb des Grundstücks, auf welches das Recht radicirt ist, und des Rechtes selbst haben nichts gemein; daher wird z. B. der Besitz des Zehntrechts nicht erworben durch Einführung des Zehntberechtigten in das zehntpflichtige Grundstück [1]). In den oben unter III., IV., VI., VII. u. VIII. abgedruckten Urkunden wird der Besitz darin gesetzt, daß der Zehnte eingesammelt (aufgenommen, aufgehoben) ist. Vergl. IX. Hiermit stimmt das kanonische Recht,

c. 31. X. de decimis (3. 30.):

— prohibemus, ne fratres hospitales praesumant ulterius impedire, ne decimas *percipias* memoratas et pacifice *possideas* in futurum —

und die Reichsgesetze,

Reichsabsch. v. J. 1548, §. 59:

— wo sich befinde, daß ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenken eines zwei oder mehrmal hätte dem heil. Reich gesteuert und also das Reich in *quasi possessione* wäre — (vergl. §. 62.)

überein.

Einmalige Leistung ist zur Begründung des factischen Verhältnisses natürlich hinreichend, wie auch der angeführte §. 59. ausdrücklich bestätigt [2]). Die entgegenstehende auf L. 1. §. 2. D. de itin. act. priv. (43. 19.) gestützte Ansicht Biener's [3]), daß der Besitz derjenigen Rechte, deren Ausübung durch die Vornahme unabhängiger Handlungen geschehe (und dieses ist bei allen hierher gehörenden Rechten der Fall), nur dann erworben werde, wenn diese Ausübung an 30 Tagen fortgesetzt sei, beruht offenbar auf einer Verwechselung zwischen dem Erwerb des Besitzes mit den Voraussetzungen, unter denen der Besitz geschützt werden soll. Denn obwohl die Statthaftigkeit des interd. de itin. actuq. privato an die Bedingung geknüpft ist, daß mehrere einzelne Besitzhandlungen (nach der gemeinen Meinung an 30 verschiedenen Tagen) vorgenommen sind, so folgt daraus doch nicht, daß auch ein

---

1) *Innocent.* l. c. n. 6. u. 12.

2) *Post.* tract. mand. de manuten. obs. 18. n. 26.; ibiq. citt. meine Reall. Note 145.

3) System. proc. jud. t. 2. §. 265 (Ausg. v. 1835).

Erwerb des Besitzes erst nach dieser mehrmaligen Ausübung angenommen werden könne. Der Besitz der Wegegerechtigkeiten wird vielmehr durch einmalige Ausübung schon erworben [1]), und dieser Besitz zeigt sich auch bei der Verjährung wirksam, indem nicht geleugnet werden kann, daß diese Gerechtigkeiten durch Ausübung in 10 oder 20 Jahren auch dann erworben werden können, wenn die Ausübung in jedem Jahre nur einmal geschehen ist. Nach Biener's Ansicht würde in diesem Falle noch gar kein Besitz erworben und daher auch die Verjährung ausgeschlossen sein.

Von der Regel, daß der Besitz durch einmalige Ausübung erworben werde, machen einzelne Juristen folgende Ausnahmen.

1) Die einmalige Ausübung soll nur unter der Voraussetzung hinreichen, daß eine mehrmalige nicht oft geschehen könne; lasse dagegen das Recht seiner Natur nach eine öftere Ausübung zu, so werde zur Erlangung des Besitzes auch die Vornahme mehrerer Handlungen erfordert [2]). Diese Ansicht wird auf c. 17. X. de rest. spol., welches folgenden Fall enthält, gestützt: Zwischen dem Abte des Klosters der heil. Genovefa zu Paris und dem Bischof daselbst war ein Streit entstanden über den Besitz des Parochialrechts über die **parochia de Monte**; der Bischof behauptete, diesen Besitz dadurch erlangt zu haben, daß er die Excommunication über die Gemeindeglieder ausgesprochen, und dieses Besitzes dann durch den Abt entsetzt zu sein. Innocenz III. entscheidet darauf, daß dadurch allein, daß sich die Gemeindeglieder der fraglichen Parochie aus Furcht vor der ausgesprochenen Excommunication einige Tage der gottesdienstlichen Handlungen enthalten hätten, der Bischof den Besitz des Parochialrechts nicht erlangt habe, weshalb ihm auch derselbe nicht restituirt werden könne, da nicht vorliege, daß er spoliirt sei. Gonzalez Tellez erklärt diese Entscheidung nun so, daß der Bischof deshalb durch die einzige Handlung der Excommunication den Besitz nicht erworben habe, weil die Ausübung des Parochialrechts durch mehrere Handlungen geschehen könne. Allein der Grund, weshalb der Bischof durch Aussprechung der Excommunication den Besitz des Parochialrechts nicht erworben hatte, ist vielmehr der, daß das Recht zu

---

1) v. Savigny, bes. S. 584 ff.

2) *Gonz. Tellez* ad c. 17. de rest. spol. verb. ipsius sententia.

excommuniciren ein Ausfluß der bischöflichen Jurisdiction und nicht des Parochialrechts ist, da der Pfarrer freilich in Folge seiner auf den Beichtstuhl sich beziehenden jurisdictio interna Einzelne von den Sacramenten ausschließen (excom. minor), nicht aber die ganze Gemeinde, wie es im vorliegenden Falle geschehen, mit dem Interdict belegen kann. Da also in dem Aussprechen einer solchen Excommunication durchaus nicht eine Ausübung des Parochialrechts enthalten ist, so konnte der Bischof dadurch den Besitz desselben auch nicht erworben haben.

2) Eine andere Ausnahme soll dann vorhanden sein [1]), wenn die einzelne Besitzhandlung von einem Mächtigern ausgeübt worden, weil hier angenommen werden müsse, daß derjenige, welcher einem solchen Dienste und Abgaben geleistet, dieses gezwungen gethan habe. Will man eine solche Vermuthung gelten lassen, für welche übrigens durchaus kein Grund vorhanden ist, so ist nicht einzusehen, weshalb sie nur bei der ersten Besitzhandlung statthaft sein soll; die Consequenz nöthigt vielmehr zu der Annahme, daß ein jeder derartige Quasibesitz eines Mächtigern (wobei dann auch die Frage zu beantworten ist, wer darunter zu verstehen sei) von vornherein als ein fehlerhafter angesehen werden müsse.

Die Anerkennung des Rechts von Seiten des Dritten, und seine Zusage, die demselben entsprechende Handlung zu ihrer Zeit vornehmen, z. B. die Grundabgabe demnächst am Verfalltage entrichten zu wollen, kann den Erwerb des Besitzes nicht bewirken [2]), weil hierin die zur Begründung des factischen Verhältnisses nothwendige Ausübung des Rechts nicht enthalten ist.

§. 8.

Genauere Bestimmung des Factums der Apprehension.

Es fragt sich, ob die Ausübung des Rechts, durch welche der Besitz erworben werden soll, nothwendig auch die wirkliche Vornahme der Handlungen, welche den Inhalt des Rechtes ausmachen, voraussetze. Ein von Chassenäus [3]) angeführtes Beispiel mag den Gegenstand dieser Frage genauer bezeichnen. Ein Zins-

---

1) *de Lyncker*, cons. resp. 113. n. 87.

2) Roßhirt, a. a. O. S. 70. 71.

3 Ad consuet. Burgund. rubr. XI. §. 1. verb. amende.

pflichtiger hatte den Zins nicht wirklich geleistet, sondern auf eine Schuld des Zinsberechtigten mit demselben abgerechnet. Chassenäus ist mit Recht der Ansicht, daß von dem Moment der Abrechnung an der Besitz des Zinsrechtes erworben sei. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß die Abrechnung freilich rechtlich die Wirkungen der Leistung selbst habe, allein es könne doch die Abrechnung die Stelle der Leistung in dem Falle nicht vertreten, wo dieselbe eben deshalb geschehen müsse, um ein factisches Verhältniß, wie es zur Erlangung des Besitzes nöthig sei, zu begründen; denn die Abrechnung ist nur möglich unter der Voraussetzung, daß der Pflichtige das Recht des Andern anerkennt, welches daher in der That durch die Abrechnung ausgeübt wird. Eher könnte es zweifelhaft scheinen, ob der Besitz auch dann erworben werde, wenn dem Pflichtigen, der sich bereit erklärte, die Leistung vorzunehmen, dieselbe von dem angeblich Berechtigten erlassen wurde; denn die Erklärung desselben, sein Recht nicht ausüben zu wollen, kann doch als eine Ausübung desselben nicht angesehen werden. Dennoch wird man aber auch in diesem Falle den Besitz als erworben annehmen müssen. Es wird daher nöthig, den Begriff des corpus noch näher zu bestimmen.

Der Besitz derjenigen Rechte, deren Ausübung durch eine Handlung des Berechtigten und eine dieser entsprechende Handlung des Dritten geschieht, ist erst dann erworben, wenn diese beiden Handlungen wirklich vorgenommen sind. Der Besitz des Patronatrechts z. B. ist daher erst dann erworben, wenn dem vom Patron präsentirten Candidaten die Pfründe, zu welcher er präsentirt war, verliehen ist; auf gleiche Weise kann der Besitz der Gerichtsbarkeit nur durch wirkliche Vornahme von Jurisdictionshandlungen erworben werden, z. B. durch Erlassung einer Ladung, welcher der Geladene auch Folge leistet. Die unberücksichtigt gebliebene Präsentation oder die nicht befolgte Ladung kann den Besitz nicht verschaffen, da in dieser Handlung des Berechtigten nicht die Ausübung des Rechtes selbst, sondern nur ein Versuch dazu enthalten ist.

Bei denjenigen Rechten dagegen, welche die von einem Dritten zu beschaffende auf Grund und Boden radicirte Leistung zum Gegenstande haben, kann man die wirkliche Annahme der Leistung zur Erwerbung des Besitzes nicht für nothwendig halten. Die

Regel nämlich, daß der Besitz körperlicher Sachen nicht nur durch das wirkliche Ergreifen derselben oder das Betreten des Grundstücks, sondern auch dann schon erworben wird, wenn die physische Möglichkeit vorhanden ist, dieses unmittelbare Verhältniß zur Sache herzustellen, findet bei Rechten dieser Art vollständige Anwendung; daher ist die wirkliche Vornahme der Leistung von Seiten des Besitzers der belasteten Sache und Annahme derselben von Seiten des Berechtigten zur Erwerbung des Besitzes nicht erforderlich; es genügt, wenn es von dem Willen des letzten abhängt, diese unmittelbare Ausübung des Rechts vorzunehmen. Das corpus ist daher vollständig vorhanden, wenn der Besitzer des belasteten Grundstücks sich bereit erklärt, die Leistung alsbald zu beschaffen, obwohl dieselbe nach dem Willen des Berechtigten unterbleibt*).

Der Besitz des Rechts gilt nur in dem Umfange für erworben,

---

*) Die in dem ältern deutschen Recht übliche symbol. Tradition hatte die Wirkung, das Recht, welches auf den Empfänger übergehen sollte, zu übertragen; die Erwerbung des Besitzes konnte aber nur durch eine solche Handlung, in welcher sich die Ausübung des Rechtes kund gab, vermittelt werden. (Beseler, Erbvert. T. 1. S. 28 f.) Noch weniger konnte daher, als später die Anwendung der Symbole seltener wurde, durch Uebergabe der über die vollzogene Auflassung aufgesetzten Urkunde eine Uebertragung des Besitzes bewirkt werden. Ich erwähne dieses nur deshalb, um einem aus den Worten älterer Urkunden leicht abzuleitenden Irrthum vorzubeugen; z. B. in einer Urk. v. J. 1472 (*de Ludewig*, reliq. manusc. t. 5. n. 143. p. 210) heißt es: Ich — bekenne — dass ich — verkoufft habe — dem Herrn E — drie — guede Jerlicher tzinsse an vnd vss mynem husse — vnd ich habe sie (die Käufer) sulcher tzinsse in eine geruglicbe nützliche vnd habende *geweher* gesetz vnd setten sie auch dar *in crafft dieses briues*. (Vergl. ib. n. 129. p. 179. a. 1473; n. 140. p. 203. a. 1422; n. 142. p. 208. a. 1472; n. 144. p. 213. ej. a.; t. 1. n. 328. p. 489. a. 1502); unter Gewer ist hier aber das Recht selbst verstanden. Dagegen findet sich in einer Urk. v. J. 1267 (*Schoepflin*, Als. dipl. t. 1. n. 645. p. 459. „Nos — assignamus et presenti scripto damus redditus valentes annuatim viginti marcas — priori et fratribus in L — in dotem ecclesie sue — videlicet decem marcas infra bannum ville de L. et quinque marcas in banno ville de M. ac quinque marcas in banno ville de O. Tradentes eisdem fratribus per *presens instrumentum corporalem possessionem* omnium predictorum“) die Ansicht, daß der Besitz des Rechts durch Uebergabe der sich darauf beziehenden Urkunde erworben werden könne.

in welchem die Ausübung bisher geschehen ist; wer z. B. das Recht zu haben behauptet auf eine jährliche Realabgabe von 10, aber bisher nur 5 empfangen hat, hat auch nur in diesem Umfange den Besitz erworben*). Eben so bei Diensten, ohne Rücksicht auf den Umfang des in Anspruch genommenen Rechts; so pflegt z. B. das Maß der Dienste, welche als Baufrohnden geleistet werden, nicht auf eine gewisse Anzahl von Tagen beschränkt zu sein, die Dienste müssen vielmehr so lange geleistet werden, bis das wirthschaftliche Gebäude vollendet ist. Wenn daher bei den zuletzt erbauten kleinern Gebäuden nur wenige Wochen die Dienste geleistet sind, und die Pflichtigen dieselben auch nur in diesem Umfange bei einem größern Baue leisten wollen, so fragt es sich, ob der Bauherr den Besitz ungemessener Baufrohnden durch die vorhergehenden Leistungen erworben habe. Ich glaube diese Frage verneinen zu müssen, da nach der factischen Natur des Besitzes ein Erwerb desselben nur in dem Umfange, in welchem er ausgeübt ist, angenommen werden kann, indem für diesen Erwerb an sich das angeblich oder wirklich zuständige Recht ganz gleichgiltig ist. In der Annahme der kleinsten Prästation zeigt sich eine volle Ausübung des Rechts, da für das Maß der Leistungen, welche Gegenstand desselben sein können, keine allgemeine Regel besteht, und es ist daher auch kein Grund vorhanden, den Besitz über die Grenzen der bisherigen Ausübung hinaus als erworben anzusehen.

Mehrere der hierher gehörenden Rechte, deren Ausübung einen Quasibesitz begründet, enthalten verschiedene einzelne Befugnisse, so daß die Ausübung dieser Rechte in verschiedenen Formen geschehen kann. Es entsteht daher die Frage, ob, wenn das Recht nur in einer Beziehung ausgeübt ist, der Besitz des Rechts im Ganzen dadurch erworben werde. Die Beantwortung muß nach der verschiedenen Natur dieser Rechte verschieden ausfallen. Bei denjenigen Rechten nämlich, die in so fern untheilbar sind, als die einzelnen darin enthaltenen Befugnisse als nothwendige Ausflüsse des Rechts im Ganzen anzusehen sind, die für sich allein als selbstständige Rechte niemals vorkommen können, muß die Ausübung einer solchen einzelnen Befugniß den Erwerb des ganzen Rechts zur Folge haben, weil die Vornahme der einzelnen Handlung wegen ihrer

*) *Post.* l. c. obs. 73. n. 169. *Gratiani* disceptat. forens. c. 626. n. 1.

nothwendigen Beziehung auf das ganze Recht nur als dessen Ausübung aufgefaßt werden kann. Wer z. B. den Besitz der Gerichtsbarkeit erwerben will, braucht nicht alle Handlungen vorzunehmen, durch welche möglicher Weise eine Ausübung derselben geschehen kann, sondern es genügt eine einzelne Jurisdictionshandlung, etwa das Erlassen einer von dem Geladenen befolgten Citation [1]). Es folgt dieses aber nicht, wie mehrere Juristen [2]) annehmen, daraus, daß bei Rechten dieser Art der Grund der Ausübung derselben ein allgemeiner sei, und es daher mehr auf diesen Grund der Ausübung als auf den einzelnen Act derselben ankomme. Wenn dagegen ein Recht mehrere einzelne Befugnisse enthält, die zum Begriffe desselben nicht nothwendig gehören, so kann ein Erwerb des Besitzes (ungeachtet des allgemeinen Titels) nur so weit angenommen werden, als das Recht wirklich ausgeübt ist; aus dem Besitz eines solchen Rechts in einer Beziehung folgt daher nicht der Besitz des ganzen Rechts. Das Patronatrecht z. B. enthält mehrere einzelne Befugnisse, die häufig damit verbunden zu sein pflegen, die aber unbeschadet des Begriffes desselben davon getrennt werden können; die Ausübung einzelner dieser Befugnisse kann daher den Erwerb des Besitzes der übrigen nicht zur Folge haben; aus dem bisher ausgeübten Präsentationsrecht kann man daher z. B. nicht den Erwerb des Besitzes des dem Patron häufig zustehenden Rechts, im Kirchengebet erwähnt zu werden, ableiten. Sind daher unter dem Gattungsbegriff des Rechts verschiedene Arten desselben enthalten, die als selbstständige Rechte vorkommen, so kann noch viel weniger der Erwerb des Besitzes einer Art den der andern nach sich ziehen; demnach kann von dem Besitz der Civiljurisdiction kein Schluß auf den der Criminaljurisdiction, und umgekehrt, gemacht werden.

Das versteht sich übrigens von selbst, daß der Besitz sich nicht auf die Voraussetzungen beschränkt, unter welchen derselbe bisher ausgeübt ist, sondern sich auch auf andere erstreckt, unter denen eine gleiche Ausübung möglich ist. Daher findet z. B. Schutz im Besitz des Präsentationsrechts Statt bei Erledigung der Stelle durch Re-

1) *Tiraquell.* de jure primogen. 9 39. n. 2. (in opp. t. 1.); de retr. lign. §. 36. gl. 3. n. 12. (in opp. t. 4.). — *Berger*, suppl. ad elect. disc. for. p. 2. tit. 5. c. 22. elect. proc. poss. c. 19.

2) *Post.* l. c. obs. 73. n. 130 sq. *Gratian.* l. c. c. 425. n. 19.

signation, wenngleich bisher nur solche Fälle der Ausübung vorgekommen sind, wo die Pfarrei durch den Tod des Inhabers vacant geworden war[1]).

Wenn ferner das Recht sich extensiv weiter erstreckt, als dessen bisherige Ausübung, so ist der Besitz gleichfalls nur so weit erworben, als er bisher ausgeübt wurde. Die ältern Juristen[2]) sind auch hier der Ansicht, daß der Besitz in einem weitern Umfange erworben werde, wenn das Recht auf einem allgemeinen Titel beruhe; der Pfarrer erwerbe daher den Besitz des auf dem Parochialrecht beruhenden, von einem Andern nicht besessenen Zehntrechts innerhalb der ganzen Parochie, wenn er es auch nur auf einzelnen Grundstücken ausgeübt habe. Ja, dieser Besitz des universellen Zehntrechts wird so weit ausgedehnt, daß er den bisher noch gar nicht gezogenen Novalzehnten umfassen soll[3]). Allein auf die Allgemeinheit des Titels kann es deshalb nicht ankommen, weil es sich um die Begründung eines bestimmt begrenzten factischen Verhältnisses handelt. Das römische Recht, dessen Analogie hier vollständig paßt, bestimmt, daß der Erbe, welcher einzelne Erbschaftssachen in Besitz nimmt, dadurch noch nicht den Besitz aller andern erworben habe, und dennoch ist sein Titel ein allgemeiner, alle Erbschaftsachen umfassender. Der Besitz des Zehntrechts auf jedem einzelnen innerhalb der Parochie liegenden Grundstück ist ein selbstständiger, dessen Erwerb und Verlust daher ohne Einfluß ist auf den Besitz des Zehntrechts auf den übrigen Grundstücken. Dasselbe gilt von andern Reallasten, auf welche das Recht sich über einen ganzen District erstreckt, wie dieselben als Ueberbleibsel der Vogtei auch jetzt noch öfters vorkommen; wer daher z. B. von einzelnen Grundbesitzern eine Rauchhuhn erhalten hat, hat dadurch den Besitz den übrigen gegenüber, welche die Abgabe bisher nicht entrichtet haben, nicht erworben[4]). Die von vielen Juristen[5]) für den

1) *Post*. l. c. obs. 73. n. 144.

2) *Post*. l. c. obs. 73. n. 154. seqq. ibiq. cit. *van Espen*, jus eccl. univ. t. 2. p. 826. (ed. Colon.)

3) *Post*. l. c. n. 85. *van Espen*, l. c.

4) *Kind*, quaest. for. t. 2. c. 3. (ed. 2.)

5) *Berger*, elect. proc. poss. c. 20. suppl. ad elect. disc. for. p. 2. tit. 5. c. 11. Strube, rechtl. Bed. Th. 4. N. 186; Th. 5. N. 16. *de Cramer*, obs. jur. univ. t. 3. obs. 963.

Fall gemachte Ausnahme, daß nämlich der Besitz auch den Uebrigen gegenüber dann erworben werde, wenn das Recht gegen den Einzelnen nicht als solchen, sondern als Bewohner des Districts ausgeübt worden und dieses den Uebrigen zur Kenntniß gekommen sei, läßt sich nicht rechtfertigen.

Die äußere Handlung, durch welche sich die Ausübung des Rechtes kund gibt, bedarf aber noch einer nähern Bestimmung, indem das einfache Factum der Ausübung den Begriff des corpus nicht erschöpft. Es ist nämlich außerdem nöthig, daß die von dem Dritten vorgenommene Handlung in der Absicht geschehen sei, dem wahren oder angeblichen Rechte des Andern dadurch Genüge zu leisten. Die Entrichtung von Reallasten muß also in der Absicht unternommen sein, die auf dem Grundstück ruhende Last dadurch abzuführen. Die Nothwendigkeit dieser Gesinnung ist mit Roßhirt[1]) aber nicht daraus abzuleiten, daß bei den Reallasten „der Gegenstand des Rechts in einem Thun von der einen Seite und in einem Entgegenkommen von der andern nach der Natur der Obligationen besteht, und also deshalb auch die Gesinnung in zweien Personen sich äußern muß" [2]), da zwischen dem Besitzer des belasteten Grundstücks und dem Empfänger ein obligatorischer Nexus nicht besteht[3]), und auch, wenn ein solcher vorhanden wäre, die Leistung gerade in der Absicht geschieht, um denselben aufzulösen. Die Nothwendigkeit jener Gesinnung läßt sich aber auf einem andern Wege nachweisen. Die Annahme einer Leistung kann nämlich nicht an sich, sondern nur dann die Rechte des Besitzes begründen, wenn darin die Ausübung eines dinglichen Rechtes enthalten ist. Die Absicht des Besitzers des belasteten Grundstücks, durch die Leistung eine auf demselben haftende Last abzuführen, ist daher deshalb nothwendig, weil eben hierdurch die Leistung ihre Beziehung auf das Grundstück erhält, durch welche die Annahme den Charakter der Ausübung eines dinglichen Rechtes annimmt[4]).

---

1) A. a. O. S. 71 f.

2) L. 3. D. de obl. et act. (44. 7.) — non satis autem est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.

3) Meine Reall. §. 16.

4) Das. S. 99. 100.

§. 9.

Ueber den animus.

Das zweite Erforderniß zur Erwerbung des Besitzes, der *animus*, ist bei dem Quasibesitz eben so, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen zu bestimmen; die Handlung, in welcher sich die Ausübung des Rechts ausspricht, muß daher von dem Berechtigten in der Absicht vorgenommen werden, um ein ihm zustehendes Recht dadurch auszuüben [1]). Wer daher die ihm geleisteten Realabgaben annimmt in der Meinung, daß ihm damit ein Geschenk gemacht werden solle, hat den Besitz des Zinsrechtes eben so wenig erworben, als derjenige den Besitz des Patronatrechts, welcher dem Collator einer Pfründe einen Candidaten präsentirt in der Absicht, dessen Beförderung zum Amt als einen Freundschaftsdienst ansehen zu wollen [2]).

§. 10.

Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter.

Daß der Besitz durch einen Dritten, selbst durch den, welcher denselben bisher in eigenem Namen ausübte, erworben werden kann, bringt die Analogie des Besitzerwerbes an körperlichen Sachen mit sich. Wenn der bisherige Besitzer sein Zehntrecht verkauft, und dann dasselbe von dem Käufer wieder pachtet, so erwirbt dieser den Besitz, wenn der Pachter das Zehntrecht ausübt. Es liegt auch gar nichts Auffallendes darin, daß der Besitz durch den Pflichtigen selbst erworben werde. Es behauptet z. B. Jemand dem Besitzer eines Grundstücks gegenüber, daß ihm ein Recht auf gewisse Dienste und Abgaben daran zustehe, der Besitzer bestreitet dieses Recht nicht, kommt vielmehr mit Jenem überein, das Recht von ihm zu pachten, so erlangt der Verpachter zu der Zeit, wo die Leistung fällig wird, den Besitz des in Anspruch genommenen Rechts. Freilich könnte es scheinen, daß der Verpachter in diesem Falle deshalb den Besitz des Rechts nicht erwerben könne, weil, da der Pflichtige nicht an sich selbst leiste, eine Ausübung des Rechts gar nicht vorkäme; allein gerade in dieser Unterlassung, zu welcher der

1) *Menoch*, de arbitr. jud. quaest. cas. 160. **Roßhirt**, a. a. O. S. 69.
2) *Innocent*. IV. comm. ad c. 3. de causa poss. et propr. (2. 12.) n. 5.

Pachter durch den Pachtcontract berechtigt ist, zeigt sich die Ausübung. Hierher gehört auch der von Roßhirt[1]) angeführte Fall, wo der Zehntberechtigte sein Recht, den Zehnten rauh zu ziehen, ausüben wollte, und zu diesem Zweck das Recht den Zehntpflichtigen selbst verpachtete; der Zehntberechtigte hatte auf diese Weise den Besitz des Naturalzehnten erworben, wenngleich vor der Verpachtung desselben von den Pflichtigen ein Surrogat (Sackzehnte) entrichtet war; denn indem dieselben von dem Berechtigten den Naturalzehnten pachteten, gaben sie den Besitz der Freiheit von diesem Zehnten eben so auf, wie der Verpachter seinen bisherigen Besitz des Sackzehnten.

§. 11.

Erwerb des Besitzes eines Bannrechts.

Die von der Natur der bisher erwähnten Rechte ganz verschiedene Natur der Bannrechte, macht eine besondere Erwähnung derselben nothwendig. Das Bannrecht gibt nämlich nicht die Befugniß, von dem Dritten die Vornahme bestimmter Handlungen jedenfalls zu verlangen, sondern enthält nur ein durch ein Verbot zu realisirendes hypothetisches Zwangsrecht. Wer z. B. eine Bannmühle hat, kann von den Bewohnern des dem Banne unterworfenen Bezirks nicht verlangen, daß sie bei ihm mahlen lassen, sondern er kann ihnen nur verbieten, dieses bei einem Andern zu thun, weshalb die Bannpflichtigen nur unter der Voraussetzung, daß sie überhaupt mahlen lassen wollen, die Bannmühle besuchen müssen[2]). Mit Recht ist von jeher angenommen, daß auch die Ausübung dieser Rechte, als auf Grund und Boden radicirten, einen zu schützenden Quasibesitz begründe, und die gegen diese Ansicht von Heerwart[3]) aus dem Standpunkte des römischen Rechtes vorgebrachten Gründe dringen deshalb nicht durch, weil dasselbe hier die Entscheidungsnorm nicht abgeben kann.

Daß der Umstand allein, daß man bisher gewisse Lebensbedürfnisse bei einem Dritten angekauft oder bei demselben sich hat zubereiten lassen, keinen Besitz des Bannrechts begründet, wird allge-

---

1) A. a. O. S. 73.

2) Heerwart in der §. 1. citirt. Abhandl. S. 289.

3) A. a. O. S. 299.

mein zugegeben[1]); es ist vielmehr nöthig, daß diejenigen, die dieses bei einem Andern thun wollen, sich bei dem dieserhalb von dem Berechtigten an sie ergangenen Verbot beruhigt haben. Heerwart[2]) tadelt ganz mit Recht die Unbestimmtheit, mit welcher die Juristen von dieser Beruhigung sprechen, ohne anzugeben, worin dieselbe zu erkennen sei. Um die Frage zu vereinfachen, ist Folgendes als unbestritten auszuscheiden: Wenn z. B. ein Müller ein über einen gewissen Bezirk sich erstreckendes Bannrecht zu haben behauptet, den Eingesessenen das Besuchen einer andern Mühle untersagt, und diese dem Verbot in der Art Folge leisten, daß sie bei jenem wirklich mahlen lassen, so erwirbt derselbe unbezweifelt den Besitz des Mühlenzwangs[3]). Der von Heerwart a. a. O. gemachte Einwand, daß derjenige, an welchen das Verbot ergangen, nicht sowohl um diesem zu genügen, sondern aus andern Gründen die Mühle besucht haben könne, z. B. weil sie ihm näher liege, besseres Mehl liefere u. s. w., ohne darum doch die Absicht zu haben, sie auch dann besuchen zu wollen, wenn diese Umstände sich ändern, ist deshalb ganz irrelevant, weil die Wirkung des auf vorausgegangenes Verbot erfolgten Besuches der Mühle durch eine solche Mentalreservation nicht abgewendet werden kann; dieses kann nur durch eine offene Protestation geschehen, also durch die Erklärung, daß man die Mühle nicht in der Absicht besuche, das angebliche Bannrecht dadurch anzuerkennen.

Zweifelhaft dagegen ist, ob der Besitz des Bannrechts auch dann erworben sei, wenn diejenigen, an welche das Verbot ergangen, weder eine andere Mühle, noch die des Verbietenden besucht, sondern sich das Mehl oder das Brod gekauft haben. Heerwart[4]) erklärt sich mit Recht gegen die Behauptung Leyser's (a. a. O.) „Sed et ante biduum facta prohibitio, si prohibitus adquievit, id operatur, ut prohibens in possessione constitutus saltem, quamdiu judicio possessorio contenditur, victoriam reportet," denn

---

1) Mart. *Müller* (pr. Pet. Müller), diss. de molend. in genere et in spec. potissimum de bannariis sect. 3. c. 9. *Leyser,* sp. 462. med. 3. 4. 5. *Rave*, doct. de praesc. §. 84 seqq.

2) A. a. O. S. 299.

3) *de Cramer*, obs. jur. univ. t. 2. obs. 772. *Kind*, quaest. for. t. 4. c. 64. (ed. 2.)

4) A. a. O. S. 300.

das Unterlassen des Besuchens einer Mühle überhaupt steht mit dem Verbot in keiner solchen Beziehung, daß man annehmen müßte, daß jenes in diesem seinen Grund habe. Das Verbot ist in diesem Falle eine ganz gleichgiltige Handlung, und es ist daher auch gar nicht nöthig, daß diejenigen, gegen welche dasselbe gerichtet ist, eine Protestation einlegen müßten, um sich im Besitze der Freiheit zu erhalten. Die hier vollständig passende Analogie der negativen Servituten bringt dieses mit sich. Ich erwerbe z. B. den Besitz der servitus altius non tollendi dadurch noch nicht, daß ich meinem Nachbar verbiete höher zu bauen, und dieser sich bei dem Verbot beruhigt, sondern nur dann, wenn derselbe wirklich den Anfang machte höher zu bauen, dann aber auf mein Verbot davon abstand[1]). Nach dieser Analogie scheint man aber behaupten zu müssen, daß der Besitz des Mühlenbannes wenigstens dann erworben sei, wenn denjenigen, welche bisher eine andere Mühle besucht hatten, dieses verboten und sie sich dabei beruhigt haben. Allein ob in dem Verbote selbst in diesem Falle ein hinreichendes Apprehensionsfactum liege, und dasselbe daher zur Erwerbung des Besitzes hinreichend sei, hängt davon ab, aus welchem Gesichtspunkt man die Natur des Bannrechts betrachtet. Daß ein Bannrecht kein absolutes jus cogendi gibt, ist allgemein anerkannt; aber es fragt sich weiter, ob dasselbe nur ein einfaches jus prohibendi in sich begreife, wie die negativen Servituten; ist dieses der Fall, so ist es auch nicht zu bezweifeln, daß die Durchsetzung des Verbots in der angegebenen Weise die volle Ausübung des Rechts enthalte, und daher auch den Erwerb des Besitzes zur Folge haben müsse. Während nun die gemeine Ansicht die ist, daß in dem Bannrecht ein wahres jus cogendi liege[2]), heben einige Juristen, wahrscheinlich um dem Mißverständniß vorzubeugen, daß das Bannrecht die Befugniß gebe, die Anschaffung der fraglichen Lebensbedürfnisse jedenfalls zu verlangen, die hypothetische Natur dieses Zwanges dadurch ganz be-

1) v. Savigny, bes. S. 602.

2) *Beyer*, delin. jur. Germ. lib. 2. c. 7. §. 25; *Heineccius*, elem. jur. Germ. t. 1. lib. 2. tit. 5. §. 138; *Schmidt*, pricip. jur. Germ. lib. 2. tit. 26. §. 4; *de Selchow*, elem. jur. Germ. §. 567 seqq.; *Eisenhardt*, institut. jur. Germ. lib. 2. tit. 6. §. 5; *Pütter*, elem. jur. Germ. §. 637; *Goede*, jus Germ. §. 181; Runde, teut. P.-R. §. 278; Kräll, teut. P.-R. §. 194; Reyscher, württ. P.-R. Th. 1. §. 251.

sonders hervor, daß sie als Inhalt des Bannrechts ein bloßes Verbietungsrecht angeben[1]), und Eichhorn[2]) sagt geradezu: „das Charakteristische der Bannrechte ist die Befugniß, einen Andern wegen des Besitzes einer Sache, eines Subjectionsverhältnisses oder Incolats in dem Gebrauch seiner natürlichen Freiheit zu handeln zu beschränken, besonders ihm die Anschaffung oder Zubereitung eines Bedürfnisses bei einem Andern als dem Berechtigten zu untersagen.“ Maurenbrecher[3]) verbindet beide Ansichten: „Jedes Zwangs- und Bannrecht enthält die beiden Stücke: 1) ein Verbietungsrecht, was die natürliche Gewerbefreiheit des Bannpflichtigen beschränkt, und 2) einen positiven Zwang, wodurch der Verpflichtete zur Abnahme der Bannproducte des Berechtigten genöthigt wird.“ In dem Bannrecht liegt jedoch nicht blos ein einfaches Verbietungsrecht. Bei den negativen Servituten wird durch die Realisirung des Verbotes allein dem herrschenden Grundstück immer ein Vortheil gewährt, nicht so bei den Bannrechten. Durch das, wenngleich durchgesetzte Verbot, z. B. in einer andern Mühle nicht zu mahlen, wird dem Berechtigten kein Nutzen gebracht, sondern nur den andern Müllern, welche nun nicht besucht werden, durch Entziehung des Mahlgeldes geschadet. Wollte man also bei den Bannrechten das Verbietungsrecht als das Charakteristische ansehen, so hätten wir in ihnen ein sonst ganz beispielloses Rechtsinstitut, welches, ohne den mindesten Vortheil für den Berechtigten, lediglich den Nachtheil eines Andern bezweckte. Das reine Verbietungsrecht kann daher das Wesen der Bannrechte nicht ausmachen. Die Einführung derselben läßt darüber keinen Zweifel, daß dadurch zunächst dem Berechtigten, wie dieses der Zweck eines jeden Rechts ist, ein Vortheil zugewendet werden sollte, indem nur bei ihm die dem Bann unterworfenen Personen sich die Befriedigung gewisser Lebensbedürfnisse verschaffen durften. Ein directer Zwang ist hierbei aber unmöglich. (Wie, wenn die Bewohner eines vom Bierzwang bestrickten Districts gezwungen sein sollten, täglich eine gewisse Quantität Bier bei dem Berechtigten zu kaufen?) Das Bannrecht kann daher nur durch einen indirecten Zwang ausgeübt werden, indem es den

---

1) Glück, Comm. Th. 10, S. 8. Mittermaier, deut. P.-R. §. 475 a.
2) Deut. P.-R. §. 185.
3) Deut. P.-R. §. 183, 184.

Pflichtigen untersagt ist, anderswo die Lebensbedürfnisse sich anzuschaffen. Das Verbietungsrecht braucht man aber deshalb nicht als einen eigenen Bestandtheil des Bannrechts, wie Maurenbrecher thut, anzusehen; jenes folgt nämlich aus der eigenthümlichen Natur dieses. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Vorkaufsrecht, welches dem Berechtigten die Befugniß gibt, von dem Verpflichteten zu verlangen, falls dieser die fragliche Sache verkaufen will, sie ihm vorher anzubieten. Es wird aber Niemand daran denken, die hieraus hervorgehende Befugniß des Berechtigten, vor diesem Angebot den Verkauf der Sache an einen Andern zu untersagen, als einen besondern Bestandtheil des Vorkaufsrechts hervorzuheben. Der Vortheil des Bannberechtigten ist nicht ein blos zufälliger, da der Verbrauch der Lebensbedürfnisse, welche bei demselben angeschafft werden müssen, von den Bewohnern des Bannbezirks niemals gänzlich vermieden werden kann, und dieselben sich nur selten in der Lage befinden, sich selbst dieselben zubereiten zu können. Wenn es aber richtig ist, daß die Bannrechte zunächst den Vortheil des Berechtigten bezwecken, so kann die eigentliche Ausübung derselben auch nur in der Vornahme der Handlungen bestehen, durch welche die Erreichung dieses Vortheils möglich wird, also darin, daß die fraglichen Lebensbedürfnisse bei dem Berechtigten wirklich angeschafft oder zubereitet werden; das bloße, wenngleich befolgte Verbot kann daher den Besitz des Bannrechts nicht geben. Die ältern Juristen sind auch weit entfernt, dem Verbote diese Wirkung allgemein beizulegen; diejenigen, welche sich genauer auf diese Frage eingelassen, haben außer dem Verbote z. B. eine andere Mühle zu besuchen, noch einen andern Umstand im Hintergrunde, welcher der Beruhigung derjenigen, an welche das Verbot ergangen ist, einen ganz andern Charakter zu geben scheint. In dem von Strube[1]) erzählten Falle war gegen diejenigen, welche eine andere Mühle besuchten, von dem Amte (welches die Gerechtsame der herrschaftlichen Bannmühle wahrzunehmen hatte) eine Strafe erkannt worden, und in dem Falle bei von Cramer[2]) hatte der Bannmüller dieselben gepfändet. Allein selbst diese Handlungen können, wie ich glaube, den Besitz des Bannrechts nicht verschaffen; denn jenes Er=

1) Rechtl. Bed. Th. 4, N. 186.

2) Obs. jur. univ. t. 3. obs. 963.

kenntniß, wenn man es auch als ein auf ein verhandeltes Possessorium ergangenes ansehen wollte, kann den Besitz nicht geben, weil dieser durch ein richterliches Urtheil niemals erlangt wird, und eben so wenig kann der Besitz durch eine solche Pfändung erworben werden, da in ihr keine Ausübung des Rechtes selbst enthalten ist.

In Urkunden und Gesetzen wird das Wesen des Bannrechts in der Regel darin gesetzt, daß die Gebannten bei dem Berechtigten die fraglichen Lebensbedürfnisse anschaffen oder zubereiten lassen müssen.

Urk. v. J. 1225. (*Carpentier*, glossar. novum v. molendinare.)

Dicti tenentes praedictarum masurarum (Hofstätten) *ad molendinum nostrum tenerentur molendinare*.

Urk. v. J. 1258. (*du Fresne*, gloss. v. secta moutae.)

Cum lis et controversia moveretur inter me — et omnes homines illos de parochia de R. — a quibus petebam sectam moutae (Besuch der Mühle), sicut bannarii molendini mei de E. Tandem — pax et concordia facta fuit inter nos — in hunc modum, quod — ipsi *tenerentur de caetero frequentare dictum molendinum*, sicut bannarii.

Urk. v. J. 1369. (*de Ludewig*, ret. manusc. t. 5. n. 74. p. 100.)

Nos Joannes dei gratia prepositus — recognoscimus in his scriptis, quod nos omnem dissensionis et controversie materiam inter — G. prepositum Novi operis ex una et commendatorem domus sancte Konegundis prope Hallis parte ex altera subortam amicabiliter sedavimus in hunc modum, quod commendator dicte domus, qui pro tempore fuerit *in molendino G. de cetero molere debebit.*

Fürstl. sächs. Landesord. v. J. 1653. P. 2. C. 3. Tit. 46.

Alle Mahl-Gäste, die über Rechts-verwährete Zeit bei einem Müller zu mahlen schuldig und gezwungen, die sollen bei derselben Zwang-Mühle bleiben.

Fürstlich hess. Grebenordnung vom 6. Nov. 1739 (im vierten Theile der Gesetzsammlung), Tit. 38. §. 1.

Sämmtliche Mahl-Gäste, welche in gewisse Mühlen gebannet, müssen sich an solche halten und dörffen anderwärts nicht mahlen.

Das in diesem letzten Gesetze ausgesprochene Verbot, eine andere Mühle zu besuchen, ist eine unmittelbare Folge des bestehenden Zwangsrechtes, und wenn hin und wieder nur dieses Verbot erwähnt wird, z. B. in einer Urk. v. J. 1410[1]):

Furni et molendini villarum praedictarum bannales nostri erunt, ***ita ut nec coquere nec molendinare alias poterunt*** —

so darf man sich dadurch nicht verleiten lassen, hierin das Wesen des Bannrechts zu erblicken.

Dritter Abschnitt.

Verlust des Quasibesitzes.

---

§. 12.

Verlust durch animus.

Der Quasibesitz wird wie der Besitz körperlicher Sachen verloren, also entweder mit dem Willen des bisherigen Besitzers, oder wenn das factische Verhältniß aufgehört hat, und nicht wieder willkürlich reproducirt werden kann. Der erste Fall bietet keine Schwierigkeit dar, sofern der Besitzer die bestimmte Absicht hat, den Besitz aufgeben zu wollen. Es ist daher hier nur die Frage zu berühren, ob diese Absicht nicht aus der bloßen Unterlassung der Ausübung gefolgert werden kann. Rücksichtlich des Besitzes eines Grundstücks besteht die gesetzliche Vermuthung, daß der Besitzer den Besitz habe aufgeben wollen, wenn er dasselbe eine Reihe von Jahren („longo tempore") nicht benutzt hat[2]), eine Vermuthung, deren

---

1) *Carpentier*, l. c.

2) L. 37. §. 1. D. de usurp. (41 3.) §. 7. T. de usuc. (2. 6.). von Savigny, Besitz S. 424 ff. Die von Geiger a. a. O. S. 245 f. versuchte Interpretation dieser Stellen, welche nur den Satz enthalten sollen, daß man ohne Gewalt Besitz von einem fremden Gute nehmen könne, welches durch Nachlässigkeit oder Abwesenheit des Eigenthümers leer stehe, keineswegs aber, daß durch Abwesenheit der Besitz verloren worden sei, ist gänzlich verfehlt. Zu den von v. Savigny a. a. O. Note 1, angeführten Gründen kann noch der hinzugefügt werden, daß der

Anwendung auf den Quasibesitz nichts im Wege steht. Die Länge der Zeit aber, innerhalb welcher der Besitzer die Ausübung des Rechts unterlassen darf, ohne den Besitz dadurch zu verlieren, läßt sich nach bestimmten Jahren nicht angeben, und es ist ganz willkürlich, wenn die ältern Juristen, wegen der in den angeführten Stellen des römischen Rechts vorkommenden Worte *longo tempore*, einen Verlust des Besitzes sowohl an Grundstücken [1]) als des Rechts auf jährliche Gefälle durch Nichtausübung innerhalb 10 Jahren annehmen [2]). Mit Recht läßt es die Glosse [3]) von dem richterlichen Ermessen abhängen, ob nach den Umständen des einzelnen Falles der Besitz durch Nichtausübung verloren sei. Bei dem Quasibesitz sind daher vornehmlich die Zwischenräume zu berücksichtigen, innerhalb welcher das Recht seiner Natur nach ausgeübt werden kann; indem der Besitz eines jährlich auszuübenden Zehntrechts in einer viel kürzern Zeit durch Nichtausübung als aufgegeben anzusehen ist, als der Besitz der in größern Zwischenräumen zu leistenden Baudienste.

Aus demselben Gesichtspunkte ist auch der Verlust des Besitzes derjenigen Rechte zu betrachten, die als Privilegien einzelner Grundstücke häufig vorkommen, und dem Besitzer derselben die Befugniß geben, gewisse Gewerbsrechte auszuüben. So kommt es z. B. oft vor, daß mit einzelnen Häusern das Recht verbunden ist, nach einer gewissen Reihefolge Bier zu brauen; wer im Besitze dieses Rechts ist, und dasselbe das eine oder andere Mal, wenn ihn die Reihe

---

Fall, wo der Besitzer „longo tempore" abwesend gewesen, dem ganz gleich behandelt wird, wo derselbe ohne Hinterlassung eines Erben gestorben war; mit dem Tode des Besitzers hört aber der Besitz unbezweifelt auf. Eben so wenig enthalten, wie Geiger meint, L. 25. §. 2. D. de acq. vel am. poss. (41. 2.) u. L. 1. §. 25. D. de vi (43. 16.), den Satz, daß durch Ablauf einer langen Zeit, während welcher der Besitzer abwesend ist, der Besitz nicht verloren werde, sondern sagen nur, daß das bloße Verlassen eines Grundstücks, ohne die Absicht, den Besitz aufzugeben, den Verlust desselben nicht zur Folge habe (animo retinetur possessio); wenn aber der Abwesende sich längere Zeit um das Grundstück nicht bekümmert, so ist anzunehmen, daß er den Besitz habe aufgeben wollen.

1) *Post.* l. c. obs. 58. n. 1. *Menoch.* recup. poss. remed. 15. n. 426.

2) *Post.* l. c. n. 7 u. 8. Rotae Rom. decis. a *Postio* coll. d. 86. ibiq. citt.

3) Gl. ad L. 37. cit. verb. *vel longo*; gl. ad §. 7. T. l. c. verb. *propter absentiam*.

trifft, nicht ausübt, hat deshalb den Besitz noch nicht verloren, welche Folge aber, wenn die Ausübung längere Zeit unterbleibt, eintreten kann [1]).

Das versteht sich übrigens von selbst, daß die Nichtausübung immer nur dann den Verlust des Besitzes nach sich ziehen kann, wenn sich die Gelegenheit zur Ausübung des Rechts wirklich dargeboten hat; wenn daher z. B. auf dem berechtigten Gute in 30 oder mehreren Jahren nicht gebaut worden ist, so kann von einem Verluste des Besitzes des Rechts auf Baufrohnden nicht die Rede sein.

§. 13.

Ueber den Verlust des Quasibesitzes durch Aufhören des factischen Verhältnisses im Allgemeinen.

Das Aufhören des factischen Verhältnisses und die Unmöglichkeit, dasselbe willkürlich zu reproduciren, muß den Verlust des Quasibesitzes gleichfalls zur Folge haben; allein nach der Natur der hierher gehörenden Rechte, bietet die Beantwortung der Frage, wann dieser Fall eingetreten sei, ganz besondere Schwierigkeiten dar. Einen sichern Anhaltspunkt bietet uns hier die Analogie des Verlustes des Besitzes körperlicher Sachen. Der gegen diese analoge Anwendung von Heerwart [2]) vorgebrachte Grund, daß die possessio corporis und die Leistung von Diensten 2c. zu verschiedenartig wäre, dringt deshalb nicht durch, da diese Verschiedenheit sich nur in der Form der Ausübung zeigt, aber auf die allgemeinere Frage, wann die Ausübung überhaupt nicht mehr Statt habe, ohne Einfluß ist. Der Besitz einer körperlichen Sache zeigt sich nun in der Möglichkeit, über die ganze Sache unbeschränkt zu verfügen; wenn daher diese Möglichkeit nur nach einer Seite hin entzogen wird, so ist eine Störung des Besitzes, dagegen eine Entziehung desselben erst dann vorhanden, wenn diese Möglichkeit in Bezug auf die ganze Sache ausgeschlossen ist. Dieses auf den Quasibesitz angewendet, so ergibt sich, daß, so lange der Berechtigte noch in irgend einer Beziehung das Recht ausübt, ein Verlust des Besitzes nicht angenommen werden kann. Wenn daher bei Reallasten ein Theil der Lei-

---

1) *de Lyncker*, cons. seu respon. 65.

2) A. a. O. S. 319.

stung verweigert, der andere aber entrichtet wird, oder wenn die Leistung nicht in der bisherigen Weise geschieht, z. B. wenn der Besitzer zehntpflichtiger Ländereien, welcher den Zehnten bisher auf eigne Kosten zu dem Berechtigten brachte, nunmehr verlangt, daß derselbe den Zehnten abhole, so kann hierin nur eine Störung des Besitzes gefunden werden. Auf gleiche Weise ist der Verlust des Besitzes eines solchen Rechtes, welches aus einem Inbegriffe einzelner Befugnisse besteht, nur dann anzunehmen, wenn die Ausübung aller Befugnisse aufgehoben ist. Der Besitz des Patronatrechts ist also dadurch noch nicht verloren, daß der vom Patron präsentirte Candidat ohne Grund[1]) verworfen ist, sofern jener in der Ausübung der übrigen im Patronatrecht liegenden Befugnisse nicht gehindert wird; es ist auch hier nur eine Besitzstörung vorhanden.

Bei solchen Rechten, die sich über einen ganzen District erstrecken, kann ein Verlust des Besitzes nur dann angenommen werden, wenn die Ausübung des Rechts innerhalb des ganzen Districtes gehindert wird. Der Besitz der Jurisdiction ist daher dadurch noch nicht verloren, daß auch ein Anderer in dem derselben unterworfenen Bezirk Jurisdictionshandlungen vornimmt; hierdurch wird nur eine Störung des Besitzes bewirkt[2]); dasselbe gilt, wenn nur einzelne Bewohner dieses Bezirks den Befehlen des Gerichtsherrn keine Folge leisten. Mit diesem Falle ist jedoch der nicht gleich zu behandeln, wenn sämmtliche Grundstücke eines Bezirks einer Reallast, z. B. dem Zehnten unterworfen sind, weil das Zehntrecht in Bezug auf jedes einzelne Grundstück eine selbstständige Ausübung zuläßt und daher jedem einzelnen Besitzer gegenüber rücksichtlich dessen Grundstücks verloren werden kann. Wenn daher der Besitzer eines Grundstücks sich der Ausübung des Zehnten widersetzt, so kann dieses nicht als eine Störung des Besitzes des über die ganze Flur zustehenden Zehntrechts angesehen werden; diese Weigerung bewirkt vielmehr den Verlust des Besitzes des Zehntrechts an dem einzelnen Grundstücke. Aus demselben Grunde hat das Zuwiderhandeln gegen ein über einen ganzen Bezirk sich erstreckendes

---

1) Wird die Präsentation aus Gründen verworfen, weil z. B. der präsentirte Candidat nicht die gehörige Qualification hat, oder die Präsentationszeit verstrichen ist, so liegt darin keine Besitzstörung.

2) C. 9. X. de probat. (2. 19.) Deput. Abs. v. 1600. §. 41 u. 43.

Bannrecht von Seiten Einzelner den Verlust des Besitzes nur diesen gegenüber zur Folge [1]).

§. 14.

Verlust des Besitzes der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung insbesondere.

Zu den bestrittensten Fragen gehört die, unter welchen Voraussetzungen der Besitz der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung verloren werde. Es haben sich hier drei Meinungen geltend gemacht. Nach der einen soll der Besitz schon dadurch verloren werden, daß die Leistung zur gehörigen Zeit unterbleibt; nach der andern ist die Weigerung des Besitzers des belasteten Grundstücks erforderlich, und nach der dritten wird es für nöthig gehalten, daß der bisherige Empfänger der Leistung sich bei der Weigerung beruhigt habe.

Die erste und dritte dieser Ansichten dürften sich aber schwerlich rechtfertigen lassen. Die bloße Unterlassung der Leistung enthält nämlich nicht eine solche Vernichtung des factischen Verhältnisses, wie sie zum Verluste des Besitzes überhaupt nothwendig ist. So wie der Besitz einer körperlichen Sache nicht schon dadurch verloren wird, daß die unmittelbare Einwirkung auf dieselbe nicht mehr stattfindet, sondern erst dann, wenn es unmöglich wird, dieselbe zu reproduciren [2]), so ist nicht einzusehen, warum der Besitz des Rechts auf Realprästationen schon durch das Unterbleiben der Leistung am Verfalltage verloren gehen soll, da eine gänzliche Aufhebung des factischen Verhältnisses dadurch noch nicht herbeigeführt wird, welches vielmehr, weil vielleicht der Besitzer des belasteten Grundstücks den Verfalltag nicht beachtet hat, oder Willens ist, sobald als möglich die Leistung nachzuholen, durch Mahnung vollständig wieder hergestellt werden kann. Die Unmöglichkeit, daß factische Verhältniß wieder zu reproduciren, zeigt sich erst dann, wenn der Mahnung ungeachtet die Leistung verweigert wird. Wenn man annimmt, daß durch bloße Nichtleistung der Besitz verloren werde, so muß man, eine Folgerung, die jedoch Niemand vertheidigen wird, den Verlust des Besitzes auch dann eintreten lassen, wenn der Pflichtige um

1) Vergl. Heerwart, a. a. O. S. 301.

2) v. Savigny, §. 31.

Befristung gebeten und dieselbe auch erhalten hat. Die der bloßen Nichtleistung beigelegte Wirkung kann durch das dafür angeführte Reichsgesetz nicht bewiesen werden; denn die Worte des Reichsabschiedes v. J. 1548, §. 63: „Aber die Ausgezogenen, so hiervor einige Anlag nicht erlegt hätten und also in possessione vel quasi libertatis wären," sind nicht von dem bloßen Unterbleiben der Leistung, sondern wie sich aus §. 59, 62 und 64, welche sich in dem Reichsabschiede vom Jahr 1576, §. 103 u. 105, wörtlich wiederfinden, ergibt, von dem Falle zu verstehen, wo die Ausgezogenen niemals innerhalb Menschengedenken einige Anlag entrichtet (dem Reich gesteuert) hatten, wo also auf Seiten des Reichs ein Besitz niemals bestanden hatte.

Martini[1]) findet in der Nichtleistung des Zinses, wenn der Besitzer des belasteten Grundstücks die Zinspflicht anerkennt, aber aus Armuth denselben nicht entrichten zu können vorgibt, eine Besitzstörung, theils weil die vorgeschützte Armuth meistens erdichtet, theils weil dieselbe, wenn sie wirklich vorhanden, in der Regel durch den Zinspflichtigen verschuldet sei. Es ist aber schwer zu begreifen, wie durch diese Gründe die behauptete Besitzstörung dargethan werden kann. Die bloße Nichtleistung ist eine für den Besitz des Rechts ganz irrelevante Handlung.

Damit der Quasibesitz verloren werde, muß zu dem Unterlassen der Leistung die Verweigerung des Besitzers des belasteten Grundstücks hinzukommen, weil sich hierin erst die Unmöglichkeit zeigt, das factische Verhältniß zu reproduciren. So wie durch die Leistung allein der Quasibesitz nicht erworben wird (§. 8. a. E.), sondern nur dann, wenn dieselbe in der Absicht geschieht, das dingliche Recht dadurch anzuerkennen, so kann auch das Unterlassen der Leistung den Verlust desselben nur dann nach sich ziehen, wenn dasselbe in der entgegengesetzten Absicht seinen Grund hat[2]). Diese Weigerung muß aber auch hinreichen, denn da es zum Erwerbe des Quasibesitzes genügt, daß auf Erfordern des Berechtigten die Leistung als eine auf Grund und Boden haftende Last abgeführt wird, so muß der Besitz umgekehrt verloren werden, wenn, der Einforderung ungeachtet, die Leistung verweigert wird. Dieses ist

1) De jure censuum c. 9. n. 31 seqq.

2) *Innocent. IV.* ad c. 24. X. de elect. (1. 6.) n. 3 u. 4.

auch die Ansicht des ältern Rechts. Nach dem codex legum Normann. (aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrh.), cap. 29, §. 12 [1]) liegt eine Entwerung des Besitzes des Rentrechts in der Verweigerung der Renten: „dissaisina fit, cum redditus contratenetur," und eben so geschieht in der oben unter N. XIX. mitgetheilten Urkunde des Widerspruchs ausdrücklich Erwähnung, eben so in einer Decretale Hadrian's [2]): „Pervenit ad nos, quod monachi de B. sanctae Mariae, in parochia cujus commorantur, decimas ex integro non persolvunt, sed eas reddere *contradicunt*." Wenngleich dieser letzte Satz sed eas etc. bei der Aufnahme dieser Decretale in das corp. jur. can. als c. 4. X. de decim. (3. 30.) weggelassen ist, so ist dieses sicher nicht in der Absicht geschehen, den Widerspruch für nicht nothwendig zu erklären. Der Sammler hielt in diesem Zusammenhange den Zusatz für überflüssig. In Uebereinstimmung mit dieser Ansicht des ältern Rechts haben die Juristen auch von jeher diesen Widerspruch verlangt [3]). Heerwart [4]) meint dagegen, daß nach der Analogie der Wege- und Wassergerechtigkeiten, — bei denen es, um die Interdicte auszuschließen, vollkommen hinreiche, daß in der gesetzlichen Zeit die Servitut nicht ausgeübt sei, ohne daß noch außerdem ein Widerspruch des Besitzers des dienenden Grundstücks verlangt werde, — bei den hier in Frage stehenden Rechten, deren Quasibesitz sich von der vera possessio noch weit mehr entferne, als jene Servituten, die Verweigerung der Leistung nicht nothwendig sei. Allein zwischen beiden, jenen Servituten und

1) Bei *de Ludewig*, rel. manusc. t. 7. p. 321.

2) Antiquae collect. decret. coll. I. lib. 3. tit. 26. c. 18.

3) *Innocent. IV*. l. c. *Durantis* spec. jur. lib. 4. p. 2. tit. de rest. spol. „Nunc dicamus, quando quis spoliatur in incorporalibus, puta juribus, redditibus et servitiis, quibus potest quis spoliari et per consequens restitui. Propono contra P. rectorem talis ecclesiae quaestionem, cum nomine talis ecclesiae meae essem in possessione vel quasi percipiendi annuam pensionem XVI. den. pap. a praefata ecclesia, ipse pensionem istam mihi subtraxit injuste et eam solvere indebite *contradicit* — quare peto, per vos me reduci in statum illum seu possessionem vel quasi percipiendi." Ib. lib. 4. p. 3. tit. de censibus, und die §. 14 abgedruckte Stelle. *Gaill*, lib. 2. obs. 10 et 75. *Perez* ad cod. lib. 8. tit. 4. n. 3. *Consil. Hall. ICt*. t. 2. lib. 1. cons. 14. n. 6. 7. *de Lyncker*, decis. 616.

4) A. a. O. S. 313.

diesen Rechten ist der sehr erhebliche Unterschied, daß dort die Ausübung durch eine Handlung des Berechtigten, hier aber durch eine Handlung des Pflichtigen geschieht. Die Nothwendigkeit des Widerspruchs liegt in der Eigenthümlichkeit des ganzen Verhältnisses.

Nach der Ansicht anderer Juristen reicht aber die Verweigerung der Leistung zum Verluste des Quasibesitzes nicht hin, sie verlangen noch, daß der bisherige Besitzer sich bei der Weigerung beruhigt habe. Diese Ansicht kommt auch schon bei den ältern Juristen vor; allein sie lassen den Verlust, wenn der Besitzer sich 10 oder 20 Jahre bei der Weigerung beruhigt hat, deshalb eintreten, weil ein Aufgeben des Besitzes in diesem Falle zu vermuthen sei, wovon schon im §. 12. die Rede gewesen ist. Diese Ansicht gehört also gar nicht hierher. Andere Juristen haben dagegen diesen Verlust des Besitzes durch freiwilliges Aufgeben nicht vor Augen, verlangen aber gleichfalls, daß sich der Besitzer bei der Verweigerung der Leistung beruhigt habe, weil diese allein nur als Störung angesehen werden könne*). Zur Begründung dieser Ansicht könnte man sich auf die Analogie der negativen Servituten beziehen; indem nämlich dieselben, da bei ihnen der Besitzer des angeblich dienenden Grundstücks etwas nicht thun darf, das gerade Gegentheil von den Reallasten bilden, in deren Folge der Besitzer etwas thun muß, scheint die Art, wie bei jenen der Besitz erworben wird, der Art, wie er bei diesen verloren geht, zu entsprechen. Der Besitz negativer Servituten wird nun dadurch erworben, daß der Besitzer des dienenden Grundstücks eine der angeblichen Servitut widerstreitende Handlung vornimmt, sich dann aber bei dem Widerspruch des angeblich Berechtigten beruhigt. Umgekehrt würde daher, um den Besitz der Realberechtigung zu verlieren, außer dem Fordern von der einen und dem Nichtleisten von der andern Seite nothwendig sein, daß sich der angeblich Berechtigte dabei beruhige. Abgesehen davon, daß es doch wohl natürlicher ist, von den unbestrittenen Bedingungen des Erwerbs der Realberechtigung auf die Voraussetzungen, unter welchen der Verlust derselben eintreten muß, einen Schluß zu machen, läßt sich gegen die obige Argumentation Folgendes einwenden. Eine Beruhi-

---

*) *Martini*, de jure censuum c. 9. n. 35 seqq. *Hommel*, rhaps. t. 2. obs. 422. *Biener*, syst. proces. jud. t. 2. §. 265. n. 5. (Ausg. von 1835.) Roßhirt a. a. O. S. 72.

gung von Seiten des bisherigen Besitzers kann deshalb nicht verlangt werden, weil durch das Verweigern der Leistung das ganze factische Verhältniß zerstört wird, während das zur Erwerbung des Besitzes der negativen Servitut erforderliche Apprehensionsfactum nicht schon durch das bloße Unterlassen, sondern dadurch begründet wird, daß dieses an sich ganz gleichgiltige Unterlassen als Folge eines dem Gegner (wirklich oder angeblich) zustehenden und wirksam geltend gemachten Verbietungsrechts erscheint, d. h. daß sich der Besitzer des dienenden Grundstücks bei dem Verbote beruhigt hat.

Mit dieser Ansicht scheint eine andere identisch zu sein, welche Heerwart[1]) aus einem ihm vorgekommenen Erkenntniß anführt. Durch die Weigerung allein soll nämlich deshalb der Besitz nicht verloren werden, „weil im Realrechte nicht blos die Befugniß, die Leistung zu empfangen, sondern auch die Befugniß, sie zu fordern, liege, daher der Besitz noch fortdauere, so lange die Möglichkeit, die Leistung zu fordern, noch fortbestehe, und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werde, wenn auch der andere Bestandtheil — die Möglichkeit, sie zu empfangen, — durch Weigerung aufgehoben sei." Bei dieser Ansicht ist von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß der Besitz der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung in der Möglichkeit bestehe, alle in dem Rechte selbst enthaltenen Befugnisse ausüben zu können, weshalb der Besitz auch nur dann erst als völlig verloren betrachtet werden dürfe, wenn diese Möglichkeit hinsichtlich aller Befugnisse aufgehört habe; nach der Verweigerung der Leistung bleibe aber noch die Möglichkeit des Forderns derselben bestehen, und dadurch werde, so lange diese Möglichkeit vorhanden sei, der Besitz erhalten, also so lange, bis der Berechtigte von dem Fordern abstehe, d. h. sich bei der Weigerung beruhige, also gewissermaßen den Besitz mit seinem Willen aufgebe. Die Unhaltbarkeit dieser Deduction hat Heerwart[2]), wie ich glaube, treffend nachgewiesen; das Recht, die Leistung zu fordern, ist nämlich, wie nach dieser Ansicht angenommen wird, kein Bestandtheil des factischen Verhältnisses (corpus), welches eben im Empfangen und Fordern bestehen soll, so daß, wenn auch durch Verweigerung der Leistung ein Theil des corpus aufgehört habe, doch

1) A. a. O. S. 307. f.)
2) A. a. O. S. 314.

der andere, das Fordern, und damit auch der Besitz noch fortdauere; sondern dieses Fordern entspringt aus dem *animus*, welcher gerade darin besteht, die Leistung als Ausfluß einer Realberechtigung annehmen, die unterbleibende Leistung aber einfordern zu wollen (§. 9). Der Besitz wird jedoch allgemein schon verloren durch die Zerstörung des factischen Verhältnisses zu der Sache, welche dessen Gegenstand ausmacht, ungeachtet der noch immer fortdauernden Absicht, den Besitz nicht aufgeben zu wollen. Aber auch angenommen, der Besitz werde erst dann verloren, wenn der bisherige Empfänger der Leistung sich bei der Verweigerung beruhige, so fragt man billig, wann dieses denn der Fall sei. Wodurch soll er an den Tag legen, daß er sich nicht beruhigen wolle? Muß er etwa zu diesem Zwecke augenblicklich nach der Verweigerung das interdictum uti possidetis anstellen, um mittelst desselben in dem noch fortdauernden Besitz geschützt zu werden? oder kann er dieses unterlassen, und den Verlust des Besitzes dadurch abwenden, daß er täglich (oder in welchen Zwischenräumen?) die Leistung unverdrossen einmahnt? Wenn er nun dieses Letzte thut, so kann man gewiß nicht sagen, daß er sich bei der Verweigerung der Leistung beruhige, und so wird man zu dem wunderbaren Resultat gelangen, daß der Besitz, ungeachtet der Verweigerung der Leistung seit 30 und mehreren Jahren, nicht verloren sei, weil sich der Besitzer dabei nicht beruhigt habe. Nun verjährt aber doch die confessoria actio, welche mit der ersten Nichtleistung begründet wird, von da an (ungeachtet der außergerichtlichen Mahnung) in 30 Jahren, und es tritt daher der unbegreifliche Fall ein, daß der Besitz eines Rechts noch als fortdauernd anzunehmen und zu schützen ist, obwohl das Recht selbst [1]), weil der Gegner sich im Besitze der Freiheit befand, durch Verjährung verloren ist. Es kann aber auch dadurch, wie in einem andern von Heerwart [2]) erwähnten Urtheile angenommen wurde, der Besitzstand nicht aufrecht erhalten werden, daß, nach der erfolgten Verweigerung der Leistung, theils vor der Verwaltungsbehörde, theils vor dem Gericht selbst Güteverhandlungen stattgefunden hatten, mithin der Berechtigte nicht nur durch die in denselben enthaltene Protestation, sondern auch durch wahrhaft gerichtliche Procedur den Besitzstand aufrecht zu

1) Meine Reall. §. 33.
2) A. a. O. S. 308. 7.)

erhalten, bemüht gewesen sei; denn man sieht in der That nicht ein, wie durch ein solches gerichtliches Verfahren die Wirkung der Verweigerung der Leistung solle gehemmt werden können.

Dagegen könnte es scheinen, daß die Ansicht, daß der Besitz durch die bloße Verweigerung der Leistung nicht verloren werde, in den Reichsgesetzen ausdrücklich bestätigt sei. Nach dem in §. 7. abgedruckten §. 59. des Reichsabschiedes von 1548 befindet sich nämlich das Reich in quasi possessione, wenn ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenken einmal die Steuern entrichtet hat, und nach §. 64. soll in diesem Falle „mittlerzeit rechtlicher Erörterung der Sachen" die Steuer fortwährend entrichtet werden. Es soll also, wenn nur innerhalb Menschengedenken die Steuern einmal bezahlt sind, das Reich im Quasibesitz geschützt werden, welcher also durch eine vieljährige Nichtleistung und Verweigerung derselben nicht verloren worden ist. Diese Bestimmung halte ich aber für eine singuläre Begünstigung des Reiches, welches durch Steuerverweigerungen der Stände nicht in augenblickliche Verlegenheit gesetzt und in ein weitaussehendes Petitorium verwiesen werden sollte. Es ergibt sich dieses deutlich genug aus den Reichsgesetzen selbst:

Reichsabschied v. 1576, §. 20:

> Wann auch in dieser allgemeinen hochnöthigen Hülffleistung niemand gefreyet seyn kann, so sollen diejenigen Stände, so — nicht in possessione vel quasi libertatis sind, ein jeder sein gebührende Anlag — entrichten*).

Diese possessio vel quasi libertatis trat nun zu Gunsten des Reiches nicht mit der bloßen Verweigerung ein, sondern erst dann, wenn ein Reichsstand innerhalb Menschengedenken nicht gesteuert hatte. Privilegien des Fiscus, namentlich bei der Steuererhebung sind nicht selten, und kommen auch im römischen Recht bekanntlich mehrfach vor.

Die bisher rücksichtlich des Verlustes des Besitzes der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung dargestellte Meinungsverschiedenheit findet in dem Grade in Bezug auf Frohnden nicht Statt; denn da dieselben regelmäßig nur dann geleistet zu werden brauchen, wenn sie vorher angesagt sind, so kann die bloße Nichtleistung, wenn der Berechtigte die Leistung nicht verlangt hat, den Verlust

*) Vergl. R.-A. v. J. 1594, §. 16.

des Besitzes nicht zur Folge haben; dieser kann nur dann eintreten, wenn die angesagten Dienste nicht geleistet sind, welches Nichtleisten in diesem Falle immer eine Verweigerung enthält [1]. Daß sich der Berechtigte dabei beruhigt habe, wie auch hier mehrere Juristen verlangen [2], ist aus den vorhin angegebenen Gründen nicht erforderlich. Wenn aber behauptet wird [3], daß der Besitz nicht angesagter Dienste niemals verloren werde, so ist dagegen zu bemerken, daß allerdings ein Aufgeben des Besitzes daraus geschlossen werden kann, daß, obwohl die Gelegenheit die Dienste zu verlangen vorhanden war, dieselben dennoch seit längerer Zeit nicht begehrt sind (§. 12.).

Die Fortsetzung des Besitzes muß also so lange angenommen werden, bis eine Verweigerung der Leistung erfolgt ist. Heerwart [4]) macht dieser Ansicht den Vorwurf, daß sie in einen unauflöslichen Widerspruch verwickele. Die Vertheidiger dieser Ansicht hielten nämlich eine Acquisitiv-Verjährung der Realberechtigung wenigstens durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit für zulässig; da nun aber zur Erwerbung des Rechts durch Verjährung eine einzige Handlung nicht genüge, sondern eine Wiederholung derselben die Verjährungszeit hindurch nothwendig sei, so sei es ein offenbarer Widerspruch, wenn bei einer einmaligen Leistung und darauf folgender Unterlassung nach Verlauf von langen Jahren in Beziehung auf possessorische Rechtsmittel ein Quasibesitz angenommen, in Beziehung auf Verjährung aber geleugnet werde; diesen Widerspruch ließen sich aber diejenigen zu Schulden kommen, welche die Fortdauer des Quasibesitzes bis zur erfolgten Weigerung behaupteten. Dieser Vorwurf würde allerdings begründet sein, wenn man, so lange kein Widerspruch geschehen, die Fortdauer des Besitzes bis in's Unendliche zulassen wollte; allein der Besitzer kann ja seinerseits den Besitz aufgeben, und daß dieses geschehen, kann daraus gefolgert werden, daß er sich bei der Nichtleistung von Seiten des Pflichtigen beruhigt. Wenn nun auch, wie oben (§. 12.) bemerkt

---

1) *Berger*, suppl. ad elect. disc. for. p. 1. tit. 5. c. 25; p. 2. tit. 5. c. 29; p. 3. addit. ad tit. 5. c. 14. ibiq. citt.; electa proc. possess. c. 19. *Wernher*, obs. for. t. 3. p. 1. obs. 175.

2) *Berger* u. *Wernher* l. c.

3) *Wernher*, l. c. obs. 193.

4) A. a. O. S. 315 f.

ist, eine bestimmte Anzahl Jahre nicht angegeben werden kann, nach deren Ablauf diese Vermuthung wirksam werde, vielmehr es dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben müsse, mit Rücksicht auf die Umstände jedes einzelnen Falles zu bestimmen, ob ein Verlust des Besitzes eingetreten sei, so wird doch Jeder zugeben, daß die Absicht, den Besitz aufzugeben, nicht bezweifelt werden kann, wenn der Besitzer 30 Jahre lang die Rückstände nicht eingemahnt hat.

Bisher ist nur die durch Verweigerung eines Theiles oder der ganzen Leistung von Seiten des Inhabers des belasteten Grundstücks herbeigeführte Störung oder Entziehung des Besitzes erläutert worden; es entsteht aber noch die Frage, ob nicht durch die Handlung eines Dritten eine Störung und ein Verlust der Realberechtigung bewirkt werden könne. Unter den ältern Juristen hat sich Durantis*) am ausführlichsten über diesen Gegenstand ausgelassen: Et quidem sic ecce debet colonus mihi dare singulis annis caponem, vel libram cerae vel piperis vel spallam (eine in dem Rücken eines Thieres bestehende Abgabe von der Jagd) vel denarios nomine pensionis, vel habeo ab imperatore vel rege jus levandi pedagium (Zoll) — tu non permittis illum apprehendere caponem, vel emere piper, vel ceram vel spallam, ut mihi det, vel cum hoc vult mihi dare, non sinis eum — venire — ad me, vel quando vult mihi denarios mittere pro pensione vel pro pedagio, tu non permittis, eum numerare, vel avertis muliones transire volentes per locum ubi pedagium levo; item in jure patronatus sic *turbatur*, cum ego patronus eligere volo, tu non sinis me consiliari vel eligere; ita si vis turbativa in juribus sicut in rebus corporalibus fit, quando non sinis me arare vel seminare fundum vel vineam putare, — sic *turbatur* possessio jurium ab *extraneo*, qui non dicit, se jus habere in illis. Si vero dicit, se jus habere, se mihi adversarium opponat et se illa quasi possidere dicat, tunc dicitur quasi turbari, quando contradicit colono vel inquilino, ne mihi solvat vel praestet annua servitia. Porro *expellitur* quis seu *spoliatur* illis, ut si peto illa a rustico, qui ea mihi debet, ipse vero reddere et solvere contradicit. Certe videor quasi spoliatus in continenti. — *Tertius etiam sive extraneus me expellit*, si servitia, quae ego

*) Spec. jur. tit. de restit. spol.

recipiebam a colonis, aufert mihi et sibi solvere facit; rusticus tamen per talem solutionem non liberatur. Durantis unterscheidet die beiden Fälle, ob der Dritte das von mir bisher besessene Recht für sich selbst in Anspruch nimmt oder nicht; im letzten Falle soll ich im Besitz des Rechts gestört werden, wenn der Besitzer des belasteten Grundstücks von dem Dritten verhindert wird, das mir als Zins zu entrichtende Wachs anzukaufen, oder wenn die Fuhrleute, die auf dem Wege sind, meine Zollstätte zu passiren, von dem Dritten genöthigt werden, einen andern Weg einzuschlagen, und so dieselbe zu umgehen; oder wenn ich als Patron verhindert werde, darüber zu Rathe zu gehen, wen ich zu der vacanten Stelle präsentiren wolle. Nimmt der Dritte dagegen das Recht für sich in Anspruch, so findet Durantis darin eine Störung des Besitzes, wenn jener den Pflichtigen verbietet, an mich, wie bisher, die Abgabe zu entrichten, eine Entziehung aber, wenn der Dritte diese Abgabe sich selbst leisten läßt. Das entscheidende Merkmal, nach welchem zu bemessen ist, ob die Handlung des Dritten eine Störung oder Entziehung des Besitzes bewirkt, kann nur das sein, ob der Besitzer dadurch unmittelbar an der Einwirkung auf den Gegenstand seines Besitzes theilweise oder gänzlich gehindert wird. Es ist daher freilich ganz richtig, wenn Durantis es als eine Besitzstörung ansieht, wenn der Besitzer eines Grundstücks abgehalten wird, dasselbe zu beackern, aber unrichtig ist, die zuerst erwähnten angeblichen Störungen des Quasibesitzes diesem, der Ausübung des Besitzes an einem Grundstücke in den Weg gelegten Hindernisse zu vergleichen; hier ist die Handlung des Dritten der Art, daß sie den Besitzer an der willkürlichen Behandlung des Gegenstandes seines Besitzes unmittelbar hindert, während die von Durantis als Störungen des Quasibesitzes bezeichneten Handlungen zu diesem in gar keiner Beziehung stehen, und daher als Störungen desselben auch nicht angesehen werden können. Eine solche Verhinderung in der Ausübung des Rechts, welche als eine unmittelbare Folge der Handlung des Dritten erschiene, ist aber auch in dem Falle nicht vorhanden, wo der Dritte für sich selbst das Recht in Anspruch nimmt. Wenn derselbe dem Pflichtigen verbietet, an den bisherigen Besitzer zu leisten, oder die Prästation für sich einnimmt, so ist, so lange der Besitzer des belasteten Grundstücks jenes Verbot nicht beachtet, oder ungeachtet der von dem Dritten für sich erwirkten Lei-

stung, auch dem bisherigen Besitzer nach wie vor die Prästation entrichtet, eine Störung oder Entziehung des Besitzes durchaus nicht vorhanden; wenn aber der Pflichtige die Leistung verweigert, weil ihm dieselbe untersagt sei, oder ein Dritter dieselbe für sich schon in Empfang genommen habe, so ist der Besitz allerdings verloren, aber nicht durch die Handlung des Dritten, sondern durch die Weigerung des Pflichtigen, deren Gründe weiter nicht in Betracht kommen. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß die Regel, daß der Besitz derselben Sache nicht zugleich Mehreren ungetheilt zustehen könne, auch bei dem Quasibesitze Anwendung leide, und daher, wenn der Dritte die bisher von mir bezogene Grundabgabe als eine ihm zukommende eingenommen und dadurch also den Besitz des Rechts auf diese Abgabe erlangt habe, mein Besitz dieses Rechts nothwendig verloren werden müsse; denn wenngleich die Richtigkeit jener Regel auch für den Quasibesitz nicht zu leugnen ist, so ist doch, so lange mir von dem Pflichtigen nach wie vor die Abgabe entrichtet wird, der Umstand, daß ein Dritter diese Abgabe für sich in Anspruch genommen, und auch wirklich empfangen hat, für meinen Besitz ganz gleichgiltig, da dasselbe Grundstück mit mehreren an verschiedene Personen zu entrichtenden Abgaben ganz derselben Art belastet sein kann, ohne daß der Besitz des einen wahren oder angeblich Berechtigten den des andern beeinträchtigte; so lange aber der Besitzer des belasteten Grundstücks an den bisherigen Besitzer fortleistet, ungeachtet er auch dem Anspruche eines Dritten nachgegeben und auch diesem die Abgabe entrichtet hat, so übt jeder der beiden Empfänger einen von dem des Andern ganz unabhängigen Besitz aus.

Eine durch einen Dritten bewirkte Störung oder Entziehung des Quasibesitzes läßt sich nur insofern denken, als derselbe den bisherigen Besitzer an der Vornahme derjenigen Handlungen hindert, welche die unmittelbare Ausübung seines Rechtes enthalten, z. B. indem der Dritte dem Besitzer des Zehntrechts das Betreten des zehntpflichtigen Grundstücks verwehrt und ihm dadurch die Zehntziehung unmöglich macht. Eine Störung würde dann anzunehmen sein, wenn der Dritte den Besitzer nur theilweise in der Ausübung seines Rechtes hindert. (Ueber den possessorischen Schutz in diesen Fällen s. §. 17.)

Vierter Abschnitt.

Possessorische Rechtsmittel.

---

§. 15.

Im Allgemeinen.

Nach den in den §§. 2. und 4. gegebenen Nachweisungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Besitz der auf Grund und Boden radicirten Rechte von jeher geschützt sei, und eben so ausgemacht ist es, daß dieser Schutz auch jetzt noch gewährt werden müsse. Dieses ist auch bisher die einstimmige Ansicht der Rechtslehrer gewesen, welche nur über die zu gebrauchenden Rechtsmittel verschiedener Meinung waren, indem sie sich über das Verhältniß des interd. de vi zur Spolienklage nicht vereinigen konnten. Der von Heerwart*) in Bezug auf Reallasten gemachte Einwand, daß, da nirgends gesagt sei, woraus Erwerb, Fortdauer und Verlust des Quasibesitzes zu erkennen sei, und unter welchen Voraussetzungen die bloße Ausübung geschützt werden solle, man lediglich auf Analogieen des römischen Rechtes verwiesen sei, paßt deshalb nicht, da wir uns hier auf dem Gebiete des deutschen Rechts befinden, wo der Mangel einheimischer gesetzlicher Bestimmungen auf diese Weise nicht ergänzt werden kann; übrigens wird sich auch aus der folgenden Darstellung ergeben, daß wir von gesetzlichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes und der Reichsgesetze nicht so sehr verlassen sind, wie uns Heerwart zu überreden sucht; man muß nur unbefangen genug sein, die vereinzelten Verfügungen dieser Rechtsquellen nicht mit dem römischen Recht, sondern mit der deutschen Rechtsansicht in Verbindung zu bringen.

Die in dem kanonischen Recht enthaltenen, von den Grundsätzen des römischen Rechts abweichenden sich auf Besitzklagen beziehenden Bestimmungen bestehen, soweit sie uns hier interessiren, nur darin, daß die Grundsätze des deutschen Rechts über den Schutz gegen Störung und Entziehung des Besitzes der auf Grund und Boden radicirten Rechte ausdrücklich anerkannt, und die römischen Rechts-

---

*) A. a. O. S. 312.

mittel auf diese Fälle ausgedehnt sind [1]). Die analoge Anwendung des *interd. uti possidetis* fand deshalb keine Schwierigkeit, da die auf Grund und Boden radicirten Rechte nach einer allgemeinen Rechtsansicht zu den unbeweglichen Sachen gezählt wurden. Dieser Umstand galt für entscheidend [2]), und die Verschiedenheit der Handlungen, durch welche der Besitz eines Grundstücks im Gegensatze des Besitzes der hierher gehörende Rechte ausgeübt wird, wurde nicht für bedeutend genug gehalten, um deshalb die Anwendbarkeit dieses Interdicts in Zweifel zu ziehen. Dagegen schien der Anwendung des *interd. de vi* auf diese Verhältnisse der Umstand im Wege zu stehen, daß eine Dejection, wie sie bei diesem Interdict vorausgesetzt wird, bei einem bloßen Rechte nicht möglich ist. Dieses Bedenken wurde aber dadurch beseitigt, daß man sich an das deutsche Recht anschloß, und an die Stelle der Dejection die Entwerung (ohne Recht, im Gegensatz der Entwerung mit Recht, welche in Folge eines Urtheils durch den Richter geschah) setzte, welche bei jeder widerrechtlichen Entziehung der Gewere, mochte sie körperliche oder unkörperliche Sachen (Rechte) zum Gegenstande haben, angenommen wurde (§. 2.). Der Ausdruck *spoliare*, welcher dem deutschen „entweren" (ohne Recht) und dem in den lateinisch geschriebenen germanischen Quellen vorkommenden dissaisir entspricht, ist statt dejicere technisch geworden (§. 17.).

Allgemeine Bedingung der possessorischen Rechtsmittel ist der Besitz, dessen Erwerb daher vom Kläger bewiesen werden muß; nach dem Obigen (§. 7.) reicht hier der Beweis der einmaligen Ausübung hin [3]). Der Kläger hat seinen Besitz bei dem interd. uti

---

1) Auf die Glosse zum römischen Recht sind die angeblich durch das kanonische Recht eingeführten Neuerungen ohne Einfluß geblieben; in der gl. ad L. 1. §. 1. D. de vi et vi arm. (43. 16.) verb. *ad recuperandam* wird der Satz, daß ein Spoliirter sogleich zu restituiren sei, auf das interd. de vi zurückgeführt, und in der gl. ad L. un. C. uti poss. (8. 6.) verb. *fundum* wird das interd. uti poss. utile zum Schutz gegen Störungen im Besitz unkörperlicher Sachen für zulässig erklärt.

2) *Hahn* ad Wesenb. lib. 43. tit. 17. n. 2. *Müller* ad Struv. eod. l.

3) Nach sächsischem Recht „soll derjenige, so einen oder mehrere ruhige Actus Possessorios und in possessione jurium et servitutum, und zwar bei servitutibus continuis wenigstens eine jährige Posseß, in discontinuis aber nebst solcher jährigen Posseß wenigstens drei richtige Actus vor sich hat, in Possessorio geschützt werden." (Vergl. *Hommel*, rhaps.

possidetis zur Zeit der Störung und bei dem interd. de vi (und der Spolienklage) zu Zeit der Entsetzung zu beweisen. Allein es ist nicht nöthig, daß der Beweis auf das Dasein des Besitzes gerade in diesen Zeitpunkten gerichtet werde[1]; es genügt, wenn dasselbe in einem frühern Zeitpunkte dargethan wird, indem aus dem früher vorhanden gewesenen Besitze auf dessen Fortdauer geschlossen werden kann[2]). Wer z. B. mittelst des interd. uti possidetis um Schutz im Besitze des Rechts auf eine jährliche Grundrente bittet, weil dieselbe nur zum Theil entrichtet, zum Theil aber verweigert ist, hat nachzuweisen, daß ihm auch der jetzt vorenthaltene Theil früher entrichtet wurde, wobei gerade nicht dargethan zu werden braucht, daß dieses in dem unmittelbar vorhergehenden Zinstermin der Fall gewesen, weil ja durch die Nichtleistung allein der Besitz nicht verloren wird. Den Richter, auf dessen Ermessen hier Alles ankommt, wird hierbei vornehmlich der Umstand leiten, in welchen Zwischenräumen das Recht seiner Natur nach ausgeübt zu werden pflegt, und bei einem Rechte, welches regelmäßig alle Jahr ausgeübt wird (wie das Zehntrecht), aus dem für eine frühere Zeit bewiesenen Besitz auf dessen Fortdauer zur Zeit der Störung oder Entsetzung nur dann schließen, wenn beide Zeitpunkte nicht durch eine zu große Entfernung von einander getrennt sind, während z. B. bei Baudiensten, die oft nur nach langen Zwischenräumen geleistet werden, eine weit größere Entfernung dieser Zeitpunkte nicht schadet. Der Einwand Heerwart's[3]), daß hier nur reine Willkür eine Antwort geben könne, dürfte schwerlich erheblich sein, da das richterliche Ermessen von bloßer Willkür durchaus verschieden ist, und in jedem einzelnen Falle, in welchem von dem für eine frühere Zeit bewiesenen Besitz auf dessen Fortdauer in einer spätern ein Schluß gemacht werden soll, einen festen Anhaltspunkt finden wird.

---

ob. 18. *Kind*, quaest. for. t. 3. c. 15. (ed. 2.) Nach den coutumes de Beauvoisis (assises et bons usages du royaume de Jerusalem von *de la Thaumassiere*) c. 32. fand auch bei körperlichen Sachen ein Schutz im Besitz nur dann Statt, wenn derselbe Jahr und Tag gedauert hatte.

1) v. Savigny, §. 35. S. 461 ff.

2) *Cons. Hall. ICt.* t. 1. lib. 3. cons. 4. n. 6; t. 2. lib. 2. cons. 110. n. 45.

3) A. a. O. S. 319.

§. 16.

Das interdictum uti possidetis.

Zum Schutze gegen Störungen im Besitz der auf Grund und Boden radicirten Rechte findet das interdictum uti possidetis utile nach der herrschenden Ansicht der Juristen Statt[1]), welche auch durch einzelne Entscheidungen des kanonischen Rechts und der Reichsgesetze vollständig begründet erscheint. Aus dem kanonischen Recht gehört hierher das c. 9. X. de probat. (2. 19.), nach welchem zum Schutze gegen eine Störung im Besitze der Gerichtsbarkeit dieses Interdict gebraucht werden kann. Heerwart[2]) glaubt diese Stelle mit der Bemerkung zu beseitigen, daß dieselbe nicht blos von der Jurisdiction handele, sondern „super jurisdictione, honore, hominio ac districtu in villa (die Worte in villa sind bei Heerwart wohl nur durch einen Druckfehler ausgefallen) sancti P. et castro Arioli, quod de jure ad se spectare dicta ecclesia proponebat," also von einem Complex mehrerer Gerechtsame, ja wohl von Grund und Boden selbst[3]). Allein die Rechte, welche hier neben der Gerichtsbarkeit erwähnt werden, sind keine selbstständigen von derselben ganz unabhängigen Befugnisse, sondern lediglich Ausflüsse derselben[4]); namentlich ist *districtus* die in der Gerichts-

---

1) *Bartol.* ad L. 1. D. uti possid. et L. un. C. eod. *Baldus*, ad L. un. C. eod. *Gaill*, lib. 2. obs. 10. n. 5. *Menoch*. retin. poss. rem. 3.

2) A. a. O. S. 292.

3) Auch v. Savigny (Bes. S. 647.) findet in dieser Stelle einen Streit über den Besitz eines Districts mit Jurisdictions- und andern Rechten. Diese Ansicht scheint allerdings in folgenden zu den Entscheidungsgründen gehörenden Worten: Ex praemissis — apparet, quod ecclesia sufficienter ostendit, quod a LX annis et citra cum omni jurisdictione, honore, — atque districtu *loca* supra dicta *possedit*, eine Bestätigung zu finden; allein daß diese Worte nur so viel heißen sollen: die Kirche hat die Jurisdiction an den erwähnten Orten besessen, zeigt der genauere Ausdruck des im Text angeführten Anhangs der Decretale, welcher das Factum, und deren Schluß, welcher das Urtheil enthält.

4) Es ist eine ganz gewöhnliche Formel, daß ein Grundstück verkauft wird mit „allen Ehren und Würden" (*Haltaus*, gloss. v. *Ehre*, *Wurden*, *Wurdigkeit*). Auch bei den auf Grund und Boden radicirten Rechten findet sich dieser Zusatz; z. B. in einer Urk. v. J. 1339 (*Gereken*, cod. dipl. Brandenb. t. 6. n. 23. p. 427.): „— contulimus 4 frusta annuorum reddituum — cum omni jure, utilitate, honore, commodo et liber-

barkeit liegende executive Gewalt, insbesondere in Beziehung auf Beitreibung von Strafgefällen [1]), und wird in diesem Sinne öfters neben der Jurisdiction ausdrücklich erwähnt [2]), ist also ganz gleichbedeutend mit dem in deutschen Urkunden häufig vorkommenden Ausdrucke „Zwing und Bann" [3]). In dem c. 9. ist daher lediglich nur von der Gerichtsbarkeit die Rede. Beide Theile hatten Besitzhandlungen nachgewiesen, da aber die Kirche von Ravenna einen älteren und besseren Besitz dargethan hatte, so wurde zu ihren Gunsten der Streit auf folgende Weise entschieden: Nos cognoscentes in hoc casu, non sic locum esse *interdicto uti possidetis*, ut dicere debeamus, uti possidetis ita possideatis, cum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior, commune Faventiae sibi condemnamus super jurisdictione et honore atque districtu et aliis ad hoc generaliter pertinentibus in locis praedictis quoad possessorium judicium [4]). Es wird daher

---

tate (ib. n 53. p. 456. a. 1347; n. 55. p. 458. ej. a.; n. 57. p. 461. ej. a.). Urk. v. J. 1467 (*Mon. B.* t. 10. n. 87. p. 553.): Wir haben verkauft den „grossen Zehenten zu R. mit allen Eren Rechten Nutzen Gewonhaiten und aller Zugehorung"; Urk. v. J. 1490 (ib. p. 571.): „— Eren, Rechten, Wirden, Nuzen und Gesuchen."

1) *du Fresne* gloss. v. *distringere*.

2) Z. B. in einer Urk. v. J. 1282 (*Neugart*, cod. dipl. Alem. t. 2. n. 1030.): „— vendidi et tradidi (praedia) proprietatis titulo perpetuo possidenda, exceptis *jurisdictionibus et districtibus*, quos non vendo, sed mihi in prefatis bonis invenditos reservo; Urk. v. J. 1321 (*Würdtwein*, nova subs. dipl. t. 3. n. 20. p 84.): „— *districtum seu jurisdictionem* temporalem — concessimus." Vergl. drei Urk. v. J. 1273 in: Entdeckter Ungrund der Einwendungen — gegen des teut. Ritter Ordens Balley Hessen — Immedietät — Urk. n. 76 b. 76 c. und 177. Selbst dann, wenn districtus ohne Verbindung mit der Jurisdiction genannt wird, z. B. in der §. 4. V. abgedruckten Urk. v. J. 1293 und in einer andern vom J. 1329 (*de Ludewig*, reliq. manusc. t. 5. p. 626.): „— facientes — fratres nostros — dicti ducatus Stinaviensis seu terrarum dictarum, castrorum, oppidorum, *districtuum* cum universis dominiis et utilitatibus — veros et legitimos possessores, illas vero terras, civitates et oppida cum ipsorum *districtibus* et omnibus usibus, utilitatibus — fratres nostri — nobis reddere ad vitae nostrae tempora tenebuntur" — heißt es nicht schlechthin Bezirk, sondern Jurisdictionsbezirk.

3) *Haltaus*, gloss. v. *Zwing*.

4) Vergl. über diese Stelle v. Savigny, Bes. 647 ff.

in dieser Stelle das interd. uti possidetis zur Erlangung des richterlichen Schutzes gegen eine Störung der Gerichtsbarkeit für zulässig erklärt, und es liegt keine Andeutung vor, daß die Kirche von Ravenna im Besitze von Grundstücken gestört sei, als deren Pertinenz etwa die Gerichtsbarkeit hier in Betracht käme.

Die Reichsgesetze [1]) sichern den Schutz im Besitze eines Gutes oder einer „Gerechtigkeit" allgemein zu. Wenn nämlich der Besitz in der Art streitig ist, „also daß sich ein jeglicher für einen Besitzer des bestreitigten Guts oder Gerechtigkeit hielt" [2]), so soll, wenn sich Gewaltthätigkeiten befürchten lassen, der Besitz entweder sequestrirt, oder beiden Theilen geboten werden, sich desselben zu enthalten, darauf aber alsbald, ohne weitläufige Ausführung der Sachen, einem die „Possession oder quasi" eingegeben werden. „Und so das beschehen, soll alsdann solches keinem Theil an seinem Innhaben oder Besitz in Recht nachtheilig sein" [3]). Die Voraussetzungen dieses Provisoriums sind nur möglich, wenn der Besitz blos gestört worden, denn ist eine wahre Dejection erfolgt, so kann nicht jeder der beiden Theile für den Besitzer sich ausgeben. Diese provisorische, zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten ergriffene Maßregel entscheidet aber über den Besitz selbst nicht, welcher vielmehr Gegenstand des hierauf folgenden possessorium ordinarium ist. Das Rechtsmittel aber, durch welches der Schutz gegen Störungen im Besitze eines Gutes oder einer Gerechtigkeit in Anspruch genommen wird, kann nur das interdictum uti possidetis sein [4]).

Die dem Interdict entgegen zu setzenden Einreden sind theils von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes, theils von der Verjährung hergenommen. In jener Beziehung muß die bewiesene Einrede der gewaltsamen, heimlichen oder bittweisen Erwerbung des Besitzes die Abweisung des Klägers zur Folge haben. Es ist jedoch zu bemerken, daß nicht bei allen Arten des Quasibesitzes diese Besitzfehler vorkommen können; in denjenigen Fällen nämlich, in welchen die Ausübung des Rechts eine von einem Dritten vorzunehmende

---

1) R.-A. v. Trier und Cöln v. 1512, Th. 1. Tit. 4. §. 12; K.-G.-O. v. 1521, Art. 32; K.-G.-O. v. 1555, Th. 2. Tit. 21.

2) K.-G.-O. v. 1555, a. a. O. §. 1.

3) Das. §. 3.

4) v. Savigny, §. 51.

Handlung erfordert, ist eine heimliche Ausübung des Rechts nicht möglich. Wird der Dritte von dem Berechtigten genöthigt, die dem Rechte desselben entsprechenden Handlungen vorzunehmen, so ist der hierdurch erworbene Quasibesitz ein gewaltsamer; wer z. B. eine Ladung erläßt oder Dienste und Abgaben von gewissen Grundstücken verlangt, und den Geladenen oder den Besitzer durch Drohungen u. s. w. zwingt, jener Ladung Folge zu leisten oder diese Leistungen vorzunehmen, hat den Besitz der Jurisdiction oder des Rechts auf diese Leistungen gewaltsam erworben. Es leidet ferner auch keinen Zweifel, daß der Besitz eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes auch bittweise erworben werden könne [1]). Es wird freilich selten vorkommen, daß Jemand, so lange es ihm beliebt, einem Andern gewisse Leistungen entrichtet, und wenn es vorkommt, so werden diese Leistungen wohl kaum anders angesehen werden können, als rein persönliche Präſtationen, die auf ein bestimmtes Grundstück durchaus keine Beziehung haben; allein möglich bleibt es doch immerhin, daß eine solche Beziehung vorhanden sei. Wird nun z. B. in Folge der theilweise verweigerten Leistungen das interdictum uti possidetis angestellt, so wird dasselbe durch die Einrede des gewaltsam oder bittweise erworbenen Besitzes elidirt. Die Einrede der Verjährung anlangend, so versteht es sich ganz von selbst, daß das Interdict nur innerhalb eines Jahres von der Störung an gerechnet angestellt werden kann. Man begreift daher nicht, wie in einem von Stryk abgefaßten Gutachten [2]) (abgesehen davon, daß wenn überhaupt ein Besitz des Rechts in diesem Falle angenommen werden konnte, derselbe verloren und nicht blos gestört war) das interdictum uti possidetis noch für statthaft erklärt werden kann, obwohl die Pflichtigen „bereits etliche Jahr in quasi possessione non praestandi hoc frumentum gewesen.“ Heerwart [3]) erwähnt ein Urtheil, welches, da es in der Verweigerung der Leistung nur eine Störung des Besitzes findet, das interdictum uti possidetis auch nach Ablauf eines Jahres für zulässig hält, weil das Interdict 30 Jahre dauere, wenn nur auf das, was der Gegner durch die

1) Arg. L. 2. §. 3. L. 3. de precario (43. 16.)
2) *Consil.* Hall. ICt. t. 2. lib. 1. cons. 40.
3) A. a. O. S. 306.

Besitzstörung erlangt hat, geklagt wird; durch die Verweigerung der Leistung bleibe diese aber bei dem Pflichtigen, welcher dadurch etwas erlange, was eigentlich dem Berechtigten gehöre. Es können aber, wie Heerwart[1]) richtig bemerkt, unter den Worten der L. 4. D. de interd. (43. 1.) „de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum" nur solche Gegenstände, die der Störende bei Gelegenheit der Störung, aus dem Gewahrsam des Besitzers sich aneignete, verstanden werden; denn das, was Jemand von jeher gehabt hat und nur nicht weggibt, obgleich ein Anderer ein Recht darauf hat, also die durch die unterlassene Leistung bei dem Besitzer des belasteten Grundstücks zurückbleibenden Gegenstände, können nimmer id, quod ad eum pervenit genannt werden.

§. 17.

Das interdictum de vi und die actio spolii.

Zur Wiedererlangung des verlorenen Quasibesitzes geben die ältern Juristen das interdictum de vi utile und die Spolienklage, ohne sich jedoch über das gegenseitige Verhältniß dieser Rechtsmittel auszusprechen, wozu sie auch deshalb keine Veranlassung hatten, weil nach ihrer Ansicht dieselben sich nicht etwa auf verschiedene Fälle bezogen, und ein ganz bestimmt begrenztes Gebiet hatten, vielmehr die Spolienklage alle possessorischen Rechtmittel in sich begriff. *Gaill*[2]) sagt: omnium plenissimum et tutissimum remedium est ex c. Redintegranda, *quia illud concurrit cum omnibus aliis remediis spoliatoriis*, et competit generaliter ei, qui injuste possessione cecidit; und *Lauterbach*[3]): est hodie frequentatissimum quoniam non habetur temporis, loci, personarum aut rerum differentia[4]). Während die neuern Juristen nur die Spolienklage zur Wiedererlangung des Quasibesitzes für zulässig halten, ist Phillips[5]) der ältern Ansicht, jedoch ohne eine weitere Begründung derselben, wieder beigetreten. Die Unstatthaftigkeit

1) A. a. O. S. 319.
2) Lib. 2. obs. 75. n. 10.
3) Coll. theor. pr. lib. 43. tit. 16. §. 22.
4) *Gratian.* disc. for. c. 311. n. 1.
5) Deut. P.-R. §. 119. (Aufl. 2.)

des interd. de vi glaubt man aber dadurch darthun zu können, daß nach den Worten der L. 4. §. 27. D. de usurpat. (41.3.) eine Dejection bei dem Quasibesitz unmöglich sei*). Dieser Grund würde allerdings auch passen, wenn es sich lediglich um die Anwendung rein römisch-rechtlicher Principien handelte; allein hier sind ganz neue Verhältnisse in Frage, die uns mit einer bestimmten Rechtsansicht überliefert sind, die sich ganz unabhängig vom römischen Rechte gebildet hat. Bei der Ertheilung des gerichtlichen Schutzes, welcher den eigenthümlich deutschen Instituten zu Theil werden mußte, konnte ein doppelter Weg eingeschlagen werden, indem entweder ein selbstständiges Rechtsmittel gegeben, oder ein römisches analog angewendet wurde. Jenes ist aber in Bezug auf den Besitz nicht geschehen. Angenommen nun, man habe das interd. de vi zur Wiedererlangung des entzogenen Quasibesitzes für zulässig gehalten, so erscheint dessen Anwendung nicht seltsamer, als z. B. die Anwendung der hereditatis petitio zur Geltendmachung eines deutsch-rechtlich vertragsmäßigen Erbrechts.

Die Anwendbarkeit des interd. de vi hatte aber im vorliegenden Falle um so weniger irgend ein Bedenken, als nach der ältern Rechtsansicht die Möglichkeit einer Entwerung gar nicht bezweifelt wurde.

Glanvilla, tract. de legibus lib. 13. c. 37. (aus dem 12. Jahrh.)

Breve de nova disseisina de communi passura. Rex vicecomiti salutem. Questus est mihi N. quod R. injuste et sine judicio *disseisivit* eum de communi *passura* sua in illa villa etc.

Rechtsbuch nach Distinctionen B. 2. C. 4. Dist. 11. (Ortloff, Sammlung Th. 1. S. 120.)

Entwert einer den andern von der *gewere sines huczinses* — so schol man in vorvesten umme den fridbruch.

Cod. leg. Normannicarum c. 29. §. 10 seqq. (*de Ludewig* rel. manusc. t. 7. p. 321.)

Sciendum siquidem est, quod *dissaisinarum* quedam sunt de terra — quedam de *redditibus*.

---

*) v. Savigny, bes. S. 586 ff.; Heerwart a. a. O. S. 320; meine Reall. S. 105.

Vergleich zwischen dem Bischof zu Worms und der Stadtgemeinde daselbst v. J. 1407, §. 18.
(*Schannat*, hist. ep. Worm. t. 2. p. 221.)
— als die phaffen zu unser Frawen clagen, daz — die Burger — sie ouch eines *weges entweltigen**) daz sie nit zu iren Wingarten kommen konnen.
In der §. 5. a. E. erwähnten processualischen Verhandlung v. J. 1494 folgt nach den Worten: zu besetzen das Nachstehende:
— und wiewohl Er des alles in ruhiger gewer gewess, also das nyemants Inen des one recht zu *entsetzen* gezymbt. Diese und andere Rechte seien ihm in der letzten Zeit von der Stadt entzogen, er bitte daher: mit recht zu erkennen, das die gedachten von Worms Ine in solche sein possess, quasi possess nutz und gewere — widder insetzen und restituiren —. Nach weitläufigen Verhandlungen wird das Urtheil dahin gefällt (p. 277): Das der genant Bischoff des Raths, Gerichts, des Burgermeisters, Schultheissen, Richter und Greffen satzung in der stadt Worms, so er sich beclagt hat, entsetzt zu sein, in allermassen wie er die bishere vor dieser irrung und *entsetzung* gebraucht hat, widderumb eingesetzt — werden solle. Und als derselb Bischoff ferer angezogen hat — das Ime auch jerlich von Burgermeistern, Schultheissen, Rathe, Richter und Greffen etliche frevel oder pene-gulden, auch gaben und presenten sollen geantwort worden, und am jungsten verhalten (vorenthalten) sein, ist zu recht erkant: Beweiss der gemelt Bischoff zu Worms, das er der genanten stuck in ruhigem besess gewest, und derselben durch die von Worms *entsetzt* seye — ferrer bescheen, was recht ist.

Hierher gehört auch die oben unter XIV. abgedruckte Entscheidung des Domcapitels zu Regensburg vom J. 1275, worin gesagt wird, daß der Kläger von dem Verklagten des Besitzes des Zehntrechts entsetzt sei, und in dem unter XVII. mitgetheilten Erkenntnisse

*) Entwältigen ist mit entweren gleichbedeutend. (*Haltaus*, gl. v. entwaltigen.)

desselben Gerichts vom J. 1304 ist geradezu von einer *dejectio* aus dem Besitze des Zehntrechts die Rede.

Bei allen Rechten also, welche Gegenstand einer Gewere waren, konnte eben so, wie bei körperlichen Sachen eine Entwerung (dejectio) Statt finden. Die Juristen haben dieses auch von jeher unbedenklich angenommen[1]), und Gonzalez Tellez[2]) bezieht sich zur Rechtfertigung dieser Ansicht, wiewohl er den Widerspruch derselben mit dem römischen Rechte nicht verkennt, ganz richtig auf eine allgemeine Praxis, welche, wie wir gesehen haben, ihren guten Grund hat.

Diese Rechtsansicht ist auch in die Reichsgesetze übergegangen:

Kamm.=Ger.=Ordnung v. 1521, Tit. 32. §. 2.

Und ob sich je zu Zeiten begebe, daß einer — den andern entsetzt — in Sachen, die den Friedbruch nit belangen, soll der Entsetzer dadurch directum dominium, das Eigenthum oder Hauptgerechtigkeit der Güter oder Gerechtigkeit, um die der Streit gewesen, verloren haben. So aber dieselbige Güter oder Gerechtigkeit gedachtem Entsetzer mit ihrem Eigenthum nit zugehören, soll er deren Werth dem Entsetzten — zu geben schuldig sein.

Reichsabsch. v. 1530, §. 62.

So ordnen und wollen wir, daß ein jeder Geistlichs und Weltlichs Stands bei ihren Renthen, Gülten, Zinsen, Zehenden, Rechten und Gerechtigkeiten bleiben, keiner den andern deß alles entsetzen, verhindern, betrüben, sondern einem jeglichen sein Erb, ewige und andere Zinß, Gült, Zehenden und andere Recht und Gerechtigkeit bezahlen, entrichten und folgen lasse.

§. 65. Wir auch Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen und Stand — haben uns einmüthiglich verglichen — daß keiner von Geistlichem oder Weltlichem Stand den andern des Glaubens halben vergewaltigen — noch auch seiner Oberkeit, Rent, Zinß, Zehend und Güter entwehren. (Vergl. die §. 4. abgedruckte Stelle aus dem Landfrieden v. 1548.)

---

1) *Bartol.* ad L. 13. §. 13. D. de vi (43. 16.) n. 3.; *Durantis* in der §. 14. abgedruckten Stelle.

2) Ad c. 19. X. de restit. spol.

Die erste Stelle enthält nicht etwa blos eine Wiederholung der L. 7. C. unde vi (8. 4.), sondern was hier für die gewaltsame Besitznahme einer körperlichen Sache festgesetzt ist, wird in dem Reichsgesetz auf die Besitzentziehung eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes (einer Gerechtigkeit) ausgedehnt*), und die Besitzentziehung sowohl einer körperlichen Sache als eines solchen Rechtes eine Entsetzung (Dejection) genannt; eben dieser Sprachgebrauch findet sich in der zweiten Stelle und in dem Landfrieden von 1548, so wie in dem Reichsabsch. v. 1548, §. 39, wo von entwehrter geistlicher Jurisdiction und Gütern die Rede ist.

Unter den ältern Juristen handelt Durantis lib. 4. p. 2. in den Titeln de causa possessionis et proprietatis und de restitutione spoliatorum am ausführlichsten über diesen Gegenstand, allein die Ansicht, daß durch das kanonische Recht ein neues possessorisches Rechtsmittel in der Spolienklage eingeführt sei, tritt bei ihm keineswegs mit Bestimmtheit hervor, vielmehr führt er den possessorischen Schutz auch in den dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen auf das römische Recht zurück; z. B. in Folgenden im Titel de restitutione spoliatorum vorkommenden Worten: Sed si aliquis certis redditibus vel servitiis vel juribus puta colligendi pedagium, vel jure patronatus vel hujusmodi spoliatur, hodie communiter tenent advocati, utile interdictum unde vi vel utilis actio subrogata in ejus locum, vel utilis constitutio: si quis in tantam; ideo autem utiliter ista proponunt, nam interdictum et constitutio locum habent, cum quis a possessione *rei* expellitur, item ista cum sit *jura* vere non possidentur sed quasi. Nach dieser von Durantis nicht gemißbilligten Ansicht wird also zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes von Rechten die auf Grund und Boden radicirt sind, das interd. unde vi und eine Klage aus der constitutio: si quis in tantam (L. 7. C. unde vi) *utiliter* für statthaft erklärt, weil diese Rechtsmittel direct nur bei der Besitzentziehung einer körperlichen Sache anwendbar seien. Welches Rechtsmittel Durantis unter der als Surrogat des Interdicts zu gebrauchenden utilis actio versteht, ist mir nicht klar, denn neben den genannten Rechtsmitteln hält er auch eine condictio ex

*) Diese Ansicht findet sich schon in der gl. ad L. 7. cit. verb. *rerum*.

cap. Querelam X. de electione und die bekannten Stellen des Decrets für zulässig.

Von den spätern Juristen wird es aber als ganz zweifellos angenommen, daß durch das kanonische Recht ein neues possessorisches Rechtsmittel, die actio spolii eingeführt sei. Das kanonische Recht bietet hierzu freilich gar keine Veranlassung, vielmehr enthält das c. 15. X. de restit. spol. die Bestimmung, daß gegen denjenigen, welcher ein Spolium begangen, oder Auftrag dazu ertheilt, oder dasselbe ratihabirt habe, das interd. unde vi Statt finde, ganz in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte [1]). Wiewohl von denjenigen Juristen, welche sich die Mühe gegeben hatten, die Verfügungen des kanonischen Rechtes vorurtheilsfrei mit den des römischen zu vergleichen, dem mit der Spolienklage in der Praxis getriebenen Unfuge widersprochen und behauptet worden war, daß dasselbe wesentlich nur das interd. de vi sei [2]), so hat diese Ansicht doch erst in der neuern Zeit, vornehmlich durch von Savigny's Ausführung [3]), allgemeinen Beifall gefunden [4]).

Da das deutsche Recht gegen die Besitzentziehung sowohl einer körperlichen Sache als auch der auf Grund und Boden radicirten Rechte Schutz gewährte, und diese Rechtsansicht sich gegen das römische Recht erhielt, so hatte, als man den Versuch machte, dieses possessorische Rechtsmittel auf eine bestimmte römische Form zurückzuführen, die Anwendung des interd. de vi keine Schwierigkeit, weil eine Entwerung auch bei diesen Rechten angenommen wurde. Das Bedürfniß eines neuen Rechtsmittels war daher für diese Fälle gar nicht vorhanden. Wie ist aber unter diesen Umständen die Entstehung der ältern Ansicht über die Spolienklage zu erklären? Vielleicht auf folgende Weise: die gelehrten Juristen waren gewohnt, alle Rechtssätze nur aus dem römischen und kanonischen Recht abzuleiten, unbekümmert um dasjenige, was in Deutschland von jeher

1) L. 1. §. 12. 14. D. de vi (43. 16.)

2) *Cujacius,* ad c. penult. X. de restit. spol.; *Ziegler,* ad can. Redinteg. c. 1. §. 11. c. 2. §. 16. c. 3. §. 17. *Gonzalez Tellez* ad c. 1—7. X. de rest. spol. *Boehmer,* jus eccl. prot. lib. 2. tit. 13. §. 1.

3) Besitz §. 50.

4) Neuerdings ist von Geiger (Zeitſ. für Civilr. u. Pr. B. 13. S. 270 ff.) das remed. spolii als ein von dem interd. de vi ganz verschiedenes Rechtsmittel dargestellt worden.

gegolten hatte. Während nun das interd. de vi nach römischem Rechte seine ganz bestimmten Voraussetzungen hat, fanden sie in einzelnen päpstlichen Verfügungen einen possessorischen Schutz auch für solche Fälle zugesichert, bei welchen diese Voraussetzungen nicht vorhanden waren, und daher lag es nahe, diese Stellen des kanonischen Rechtes von einem neuen Rechtsmittel zu verstehen, welches, als durch ein spoliare begründet, actio spolii genannt wurde. Die exorbitanten Ansichten aber, welche die Juristen über den Umfang dieses Rechtsmittels hatten, ließen es als eine sehr willkommene Bereicherung der Wissenschaft erscheinen.

Wenn es nun gegründet ist, daß die Spolienklage kein von dem interdictum de vi durchaus verschiedenes Rechtsmittel, sondern nur dieses selbst ist in seiner Anwendung auf eigenthümlich deutsche Verhältnisse, also nur die deutsche Form des römischen Interdicts, so erscheint die Frage ganz müßig, ob das interdictum de vi zur Wiedererlangung des entzogenen Quasibesitzes gebraucht werden könne; denkt man nämlich an das Interdict in seiner rein römischen Gestalt, so ist die Frage eben so unbedingt zu verneinen, als sie auf der andern Seite unbedingt zu bejahen ist, wenn man die Form des Interdicts vor Augen hat, welche es unter dem Namen der Spolienklage in Deutschland angenommen hat.

Was nun insonderheit den durch Verweigerung der Leistung verlorenen Besitz der einer Reallast gegenüberstehenden Berechtigung anbelangt, so findet zu dessen Wiedererlangung, ganz in Gemäßheit der eben angegebenen Grundsätze, nach den ausdrücklichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes ein Rechtsmittel Statt. Ehe auf diese Nachweisung übergegangen wird, ist noch die Behauptung Heerwart's*) zu widerlegen, daß der Ausdruck spoliare stets nur ein positives Thun bezeichne, niemals aber von dem bloßen Unterlassen einer Handlung gebraucht werde, und ein Rechtsmittel zur Wiederlangung des durch Verweigerung der Leistung entzogenen Besitzes nirgends gegeben werde; denn die Stellen des kanonischen Rechtes, aus welchen man die Statthaftigkeit eines possessorischen Schutzes in dem angegebenen Falle glaube dar=

*) A. a. O. S. 320. 321.

thun zu können (c. 19. X. de rest. spol. und c. 2. eod. in 6.), bezögen sich nicht auf den Fall, wo der Inhaber des belasteten Grundstücks die Leistung verweigere, sondern auf den, wo ein Dritter die einem Andern bisher geschehenen Leistungen diesem entzogen habe, was nur durch positive Handlungen möglich sei. Zunächst könnte man hier die Frage aufwerfen, warum ein possessorischer Schutz gewährt werde, wenn der Besitz dadurch entzogen worden, daß ein Dritter die Prästationen, welche bisher ein Anderer bezogen, jetzt für sich in Anspruch nehme, nicht aber in dem Falle, wo der Besitzer des belasteten Grundstücks die fernere Leistung verweigere. Daß die Entziehung des Besitzes hier durch eine negative, dort durch eine positive Handlung bewirkt ist, kann doch in der That als eine befriedigende Antwort auf die Frage nicht angesehen werden. Ueberdies ist auch die dem Ausdruck spoliare von Heerwart untergelegte Bedeutung ganz falsch. Spoliare ist gleichbedeutend mit *dissaisir*, entsetzen, entweren und daß diese Ausdrücke auch von dem durch Verweigerung der Leistung entzogenen Besitze gebraucht werden, ist oben dargethan; aber auch spoliare kommt in dieser Bedeutung geradezu in den Gesetzen vor:

C. 10. X. de decimis (3. 30.) v. J. 1170.

Ex parte tua ad nos noveris pervenisse, quod albi monachi et nigri et quidem alii religiosi ecclesiae tuae jurisdictionis *reditibus decimarum*, occasione privilegiorum, quae sibi Romana indulsit ecclesia, *spoliare* praesumunt. Sane nolumus te latere, quod praedecessores nostri fere omnibus religiosis decimas *laborum suorum* concesserant. Sed praedecessor noster Hadrianus solis fratribus Cisterciensis ordinis et templariis et hospitalariis decimas laborum suorum, quos propriis manibus vel sumptibus colunt, indulsit, caeteris vero, ut de novalibus suis, quae propriis manibus vel sumptibus excolunt et de nutrimentis animalium suorum et de hortis suis decimas non persolvant, quem sumus super his imitati. Quare ii, quibus hoc indultum est, hac occasione decimas de aliis rebus ecclesiae suae non possunt subtrahere vel sibi aliquid ulterius vindicare.

Es wird hier die auf angeblich ihnen gegebene päpstliche Privilegien gestützte Weigerung gewisser Mönche, von ihren Klostergütern den gesetzlichen Zehnten zu entrichten, geradezu mit spoliare bezeich-

net*), und daher kann nicht geleugnet werden, daß auch in diesem Falle ein possessorisches Rechtsmittel zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes statthaft sei, wenngleich in der vorliegenden Entscheidung dieses nicht ausdrücklich gesagt ist, wozu auch gar keine Veranlassung vorlag. Der Papst erklärt nur auf die deshalbige Beschwerde des Zehntberechtigten über die Weigerung der Mönche, ihm den Zehnten zu entrichten, und die Anfrage, was von den angeblichen Privilegien, auf welche sich dieselben bezogen hatten, zu halten sei, daß diese Privilegien in dem von den Mönchen behaupteten Umfange gar nicht vorhanden seien, und sie daher auch die sich angemaßte Zehntbefreiung nicht in Anspruch nehmen könnten.

Dagegen wird im c. 24. X. de elect. (1. 6.) ein possessorischer Schutz gegen die Verweigerung bisher geleisteter Grundgefälle ausdrücklich zugesichert. Der Fall ist hier folgender: der Oekonom der Kirche der heiligen Agathe klagte gegen den Pfarrer P. an der Kirche St. Salvator, daß derselbe sich widerrechtlich in den Besitz dieser Kirche gesetzt habe, mit der Bitte, demselben die Restitution aufzugeben, da diese Kirche zu der der heiligen Agathe gehöre, und denselben zur Zahlung eines neuerdings verweigerten für die Kirche St. Salvator an die Kirche der heiligen Agathe zu entrichtenden Grundzinses von 16 Denaren zu verurtheilen. Der Pfarrer P. leugnet dagegen, seine Kirche widerrechtlich inne zu haben, da dieselbe nicht zur Kirche der heiligen Agathe gehöre, so wie zur Entrichtung eines Grundzinses verbunden zu sein; er sei vielmehr auf die von der Gemeinde geschehene Election vom Cardinal vom Titel der heiligen Susanne, welchem diese Kirche unterworfen sei, instituirt. Darauf wird das Urtheil dahin gegeben, daß, da sich die Gemeinde im Quasibesitz des Präsentationsrechts befinde, der Pfarrer P. von der Klage, so weit sie sich auf dessen Election und Institution beziehe, jedoch vorbehaltlich eines weitern Verfahrens über das zwischen der Kirche der heiligen Agathe und der Gemeinde der Kirche zu St. Salvator streitige Patronatrecht, zu entbinden sei. „Quia vero per testes (omni exceptione majores) fuit liquido comprobatum, quod pensio sexdecim denariorum Papiensis monetae fuerit clericis ecclesiae vestrae (der heiligen Agathe) pro ecclesia sancti Salvatoris de Thermis annuatim per multa tem-

*) Vergl. auch den gleich anzuführenden R.-A. v. 1526, §. 11.

pora persoluta, sed de novo subtracta: nos in *eundem statum percipiendi* hujusmodi de ecclesia sancti Salvatoris de Thermis, ecclesiam vestram decernimus reducendam et ad solutionem pensionis subtractae condemnamus presbyterum antedictum, *salva quaestione proprietatis inter ecclesias memoratas.*" Der Grundzins also, weil er bisher gezahlt ist, soll fortbezahlt werden, unter Vorbehalt des Streites über das Recht selbst. Die Klage, welche angestellt worden war, ist freilich nicht genannt, es kann aber keine andere, als das interd. de vi utile (die Spolienklage) sein.

Hiermit stimmen auch die Reichsgesetze überein. Daß in denselben von einem Entsetzen (Entweren) in Beziehung auf Gerechtigkeiten die Rede ist, ist schon oben angegeben. In dem R.-A. zu Speier v. J. 1526, §. 11. wird aber die Verweigerung von Realgefällen ein Spoliiren genannt, und possessorischer Schutz dagegen gewährt:

> Und nachdem auf diesem gegenwärtigen Reichs-Tag bedacht und erwogen, wie an vielen Oertern die Geistliche oder Weltliche ihres Leibes und Lebens Gefahr stehen, ihnen auch ihre Zins, Renth, Güld und Zehenden vorgehalten und die einzubringen und zu verleihen verhindert werden, und aber niemands des seinen wider Recht spoliirt und entsetzt werden soll, — so soll eine jede Oberkeit — ihre Unterthanen — treulich für Gewalt und Unrecht verthädigen, schützen und schirmen —.

Es ist §. 14. a. E. bemerkt worden, daß durch die Handlung eines Dritten, welcher dem Pflichtigen verbietet, an den bisherigen Besitzer die Leistung weiter zu entrichten, eine Störung des Besitzes nicht bewirkt werde, weshalb auch gegen jenen ein possessorisches Rechtsmittel nicht begründet sein kann. Hiergegen streitet nicht das c. 31. X. de decim. (3. 30.) „Dudum adversus fratres Hierosolymitanos Hospitalis sancti Stephani te proponente in nostra praesentia quaestionem, quod ipsi decimas, de laboribus *rusticorum suorum* Vesprimensi ecclesiae debitas *non permitterent* tibi solvi etc." Die Hospitalritter hatten dagegen vorgebracht, daß die Kirche St. Stephan, zu welcher diese Zehnten gehörten, vom König und der Königin von Ungarn ihnen geschenkt und die Schenkung vom Papst Clemens bestätigt sei. Darauf entscheidet Innocenz III.: „Nos igitur, cum donatores

praedicti non conferre potuerunt aliis, quae ipsi de jure non poterant possidere et per confirmationem praedicti Clementis — iuri episcopali nullatenus derogetur, sententialiter prohibemus, ne fratres hospitales praesumant ulterius impedire, quominus decimas percipias memoratas et pacifice possideas in futurum." Diese Stelle enthält nämlich, wie auch die Glosse (verb. prohibemus) annimmt, nichts, was mit Bestimmtheit darauf hinwies, daß im Possessorium geklagt worden sei.

Dagegen wird in dem c. 2. de rest. spol. in 6. (2. 5.) die Spolienklage gegen den Dritten, welcher den bisherigen Besitzer eines Zehnten desselben spoliirt hatte, indirect für zulässig erklärt: Ad decimas, quas canonici sancti Nicolai se adserunt intra parochiam ecclesiae B. clerici possedisse aliquamdiu et per eundem clericum spoliatos fuisse, nequaquam debent restitui, nisi evidenter docuerint, quod earum possessionem legitime adsequuti fuissent, quia eos occupasse injuste verisimiliter praesumuntur: cum proveniant ex praediis intra alienam parochiam constitutis sitque manifestum (nisi aliud ostendatur), eas de jure communi ad eandem ecclesiam pertinere. Geistliche Personen, welche in einer fremden Parochie einen Zehnten besessen hatten, und von dem Pfarrer derselben aus dem Besitz verdrängt waren, sollen nach dieser Stelle in denselben nur dann wieder eingesetzt werden, wenn sie dessen Rechtmäßigkeit beweisen würden. Diese Verfügung gründet sich, wie auch ausdrücklich hervorgehoben wird, darauf, daß nach der Regel der Kirchenverfassung der Zehnte jedem Pfarrer in seiner Parochie zusteht, jeder Besitz eines Andern daher von vornherein als eine nicht zu schützende injusta possessio erscheint; hieraus läßt sich aber schließen, daß eine Wiedereinsetzung in den entzogenen Besitz dann Statt finden müsse, wenn derselbe eine solche allgemeine Regel nicht gegen sich habe. In dem vorliegenden Falle war nun die Entsetzung aus dem Besitze nicht durch die Besitzer der zehntpflichtigen Grundstücke, sondern durch einen Dritten (den Pfarrer der Diöcese, in welcher dieselben belegen waren), der das Zehntrecht für sich selbst in Anspruch nahm, bewirkt worden. Es geht also zunächst aus dieser Stelle so viel hervor, daß eine Entsetzung aus dem Quasibesitz eines Rechts durch einen Dritten überhaupt möglich ist, und daß ein possessorischer Schutz dagegen gewährt wird. Das aber läßt diese Stelle unentschieden, durch

was für eine Handlung des Pfarrers der Parochie der Verlust des Besitzes herbeigeführt war. Da nun aber, wie oben bemerkt ist, dadurch der Besitz nicht verloren wird, daß der Dritte dem Pflichtigen die Leistung an den bisherigen Besitzer verbietet oder dieselbe für sich selbst in Empfang nimmt, so wird es erlaubt sein, anzunehmen, daß der Pfarrer den bisherigen Besitzer an der fernern Zehntziehung gehindert und demselben dadurch den Besitz entzogen habe. Die aus dem c. 2. abzuleitende Regel würde daher so zu fassen sein: wenn ein Dritter den bisherigen Besitzer an der Ausübung seines Rechtes hindert, und dasselbe für sich in Anspruch nimmt, so geht der Besitz für den bisherigen Besitzer verloren, welchem aber auf dessen Wiedererlangung die Spolienklage gegen den Dritten zusteht.

Setzt die Spolienklage in ihrer Anwendung auf die Wiedererlangung des Quasibesitzes voraus, daß der Besitz durch eine gewaltsame Handlung verloren sei? Die Bejahung dieser Frage scheint keinem Zweifel zu unterliegen, da zur Begründung des interdictum de vi, nach dessen Grundsätzen die Spolienklage lediglich zu behandeln ist, eine gewaltthätige Entziehung des Besitzes verlangt wird [1]). Diese Ansicht wird auch von mehreren Juristen vertheidigt [2]); Roßhirt [3]) legt ein so großes Gewicht auf die angewendete Gewalt, daß er es für zweifellos hält, daß wegen einer gegen den Quasibesitzer gebrauchten Gewalt und damit verbundenen Beschädigung selbst bei einer bloßen Besitzstörung die Spolienklage statthaft sei. Dieses ist jedoch offenbar irrig, da die Spolienklage (wie das interd. de vi) stets eine Entwerung voraussetzt, niemals also zum Schutze gegen eine bloße Störung des Besitzes gebraucht werden kann.

Zum Begriffe der Entwerung, durch welche die Spolienklage begründet wird, ist nach den Grundsätzen des deutschen Rechts die Anwendung einer Gewalt durchaus nicht erforderlich, es genügt, daß die Entwerung ohne Recht geschehen ist.

---

1) v. Savigny, bes. S. 515 ff.

2) *Grusemannus* (pr. Zollio), diss. de censu reserv. §. 20. „Dicitur autem quis possessione spoliatus, quando alter non tam verbis, quam violento quodam facto pensionem recusat, dominus (der Zinsherr) enim sic repulsus animo possessionem retinere nequit.

3) A. a. O. S. 65.

Rechtsbuch nach Distinctionen B. 2. C. 4. diss. 11. (Ortloff, Sammlung S. 120.)

Entwert einer den andern von der gewere sines huzczinses, *wider sinen willen*, das clage er czu gerichte.

B. 4. C. 33. A. dist. 1. (Das. S. 245.)

Wer den andern dez sinen icht nymt mit gewalt, *oder ane sine wissenschaft* — daz schol er wider geben mit gewete und mit buz.

In Uebereinstimmung hiermit wird in den unter VI. und XVII. mitgetheilten Urkunden der angewendeten Gewalt gar keine Erwähnung gethan, sondern in der Urk. XVIII. blos gesagt, daß die Entwerung *contra justitiam* geschehen sei, und eben so heißt es in der Decretale XXI., daß die Zahlung des Zinses *injuste* verweigert worden. In den unter XIV. u. XIX. abgedruckten Urkunden ist freilich von einer gewaltthätigen Entsetzung aus dem Besitze des Rechts die Rede, allein daß dieses nicht als nothwendiges Erforderniß zur Begründung der Spolienklage angesehen sei, ergibt sich aus einer andern Stelle der ersten Urkunde, wo die Besitzentziehung als eine contra Deum et justitiam indebite geschehene bezeichnet wird, und in der zweiten Urkunde wird unter der gewaltsamen Entziehung des Besitzes die bloße Verweigerung der Leistung verstanden. Diese Ansicht des ältern deutschen Rechts hat in den Gesetzen ihre Bestätigung gefunden; denn wenn man auch auf die Worte des can. **Redintegranda**: *per quascunque injustas causas*, noch darauf, daß in andern Stellen des kanonischen Rechtes, welche von der Spolienklage verstanden werden, niemals als Bedingung derselben eine gewaltsame Entsetzung erwähnt wird, kein Gewicht legen will, weil dieses Erforderniß, da die Spolienklage der Analogie des **interd. de vi** folgt, sich als von selbst verstehend angenommen werden könnte, so ist doch in den Reichsgesetzen ausdrücklich von solchen Spolien die Rede, welche ohne Gewalt geschehen:

Landfrieden von 1548, Tit. 5.

Und nachdem sich gemeiner schlechten Spolien und Entsetzung halben, so nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geschehen — und dann zu Erhaltung beständigen Friedens — vonnöthen sein will, den Entsetzten diß-

falls förderlich zur Restitution und dem Ihrigen zu verhelfen u. s. w. [1]).

Mit Recht hält daher die gemeine Meinung eine widerrechtliche Entsetzung zur Begründung der Spolienklage für hinreichend [2]). Daß in den meisten hierher gehörenden Verhältnissen, namentlich in allen denjenigen, wo der Besitzer eines belasteten Grundstücks gewisse Abgaben zu entrichten oder Dienste zu leisten hat, neben der Weigerung, dieses zu thun, eine außerdem von demselben noch anzuwendende Gewaltthätigkeit gar nicht denkbar ist, bedarf keiner weitern Ausführung.

Gegen das interdictum de vi (und die Spolienklage) können von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes keine Einreden hergenommen werden [3]); wenn daher z. B. die ganze Leistung von dem Besitzer des belasteten Grundstücks verweigert, und dadurch dieses Rechtsmittel begründet ist, so muß, ungeachtet des fehlerhaften Erwerbes des Besitzes der Kläger den Sieg davon tragen (§. 18. a. E.). Aber derjenige, welcher dem Andern den Besitz bittweise gestattet hat, kann, wenn sich derselbe auf deshalbige Aufforderung der Ausübung des Rechts nicht enthält, das interdictum de precario anstellen.

Zuletzt bleibt jetzt noch die Einrede der Verjährung zu erörtern übrig. Wegen der Worte in can. 3. C. 3. q. 1. Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis — funditus revocanda *quacunque conditione temporis* sind die ältern Juristen zum Theil der Ansicht, daß der Spolienklage überhaupt niemals diese Einrede entgegengesetzt werden könne [4]); die Mehrzahl nahm aber an, daß die regelmäßige dreißigjährige Verjährung auch hier statthaft sei [5]). Nach der Ansicht des ältern germanischen Rechts war es außer Zweifel, daß das durch die Verletzung der Gewere begründete Rechtsmittel auf Schutz im Besitze

1) R.-A. v. 1548, §. 38. K.-G.-O. v. 1555, Th. 2. Tit. 8. §. 1.

2) *Gaill*, lib. 2. obs. 75. n. 10. *Ziegler*, l. c. c. 3. §. 10 et 11. *Codex Fabrianus*, def. for. lib. 4. tit. 14. def. 14. *de Lyncker*, decis. 592. *Lauterbach*, coll. theor. pr. lib. 43. tit. 16. §. 22. ibiq. citt.

3) §. 6. J. de interd. (4. 15.) v. Savigny, S. 540 ff. c. 5. in f. X. de rest. spol.

4) Die bei *Ziegler*, l. c. c. 9. §. 1. n. 29. citirten Schriftsteller.

5) *Ziegler*, l. c. §. 2. ibiq. citt.

oder Wiedererlangung desselben nur bei einer *nova* dissaisina, d. h. einer solchen Statt hatte, welche vor nicht langer Zeit geschehen war. So nach altenglischem Rechte [1]); auf gleiche Weise wird nach den Assisen von Jerusalem C. 63. der Schutz nur gewährt bei einer nouvelle dissaisine, d. h. hier innerhalb vierzig Tagen seit der Besitzentsetzung (wenn der Besitzer nicht durch Krankheit, Gefangenschaft u. s. w. in dieser Zeit verhindert war), während in den coutumes de Beauvoisis c. 32. und dem codex legum Normannicarum lib. 2. c. 29. §. 16. die Zeit auf Jahr und Tag festgesetzt wird.

Ist es nun richtig, daß die Spolienklage kein selbstständiges Rechtsmittel, sondern nur die deutsche Form des interd. de vi ist, so muß man auch behaupten, daß dieselbe innerhalb eines Jahres durch Verjährung erlösche, da eine andere dem deutschen Recht eigenthümliche Verjährungsfrist nicht praktisch geblieben ist. Heerwart [2]) hält diese Ansicht für inconsequent; „denn wenn man einmal eine Besitzentsetzung und eine Wiedereinsetzung bei den Reallasten als möglich annimmt, so muß man nach Analogie des interdicti unde vi, welches doch der Spolienklage zu Grunde liegen soll, nur dreißigjährige Verjährung zulassen, denn alsdann wäre ja die Ausübung des Rechtes allerdings das, was entzogen und wodurch der Gegner bereichert worden ist, und was restituirt werden soll, mithin müßte da die Vorschrift der L. 1. pr. de vi eintreten: post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenit, judicium dabo.“ Die Anwendung dieser Bestimmung scheint mir aber auf den Quasibesitz ganz unmöglich. Der in der Ausübung des Eigenthums bestehende Besitz, possessio corporibus, unterscheidet sich nämlich von dem die Ausübung eines dinglichen Rechtes enthaltenden Quasibesitz, juris quasi possessio, darin, daß jener sich unmittelbar an eine körperliche Sache knüpft, und der Besitz dieser Sache ist es gerade, worin die Ausübung des Eigenthums besteht; bei der juris quasi possessio dagegen ist kein solches Substrat vorhanden, an dessen Besitz man die Ausübung des Rechts knüpfen könnte [3]).

---

1) *Glanvilla*, tract. de legibus lib. 13. c. 34 u. 36. Phillips, engl. Reichs- und Rechtsgesch. Th. 2. S. 150 ff.

2) A. a. O. S. 321.

3) v. Savigny, S. 209.

Diese Verschiedenheit tritt nun bei Entziehung des Besitzes deutlich hervor, indem die possessio corporis verloren wird, durch Dejection von der Sache, welche besessen wurde, und diese Sache ist es gerade, welche unter id, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenit, und auf dessen Restitution der Dejicirte eine erst mit dem Ablauf von dreißig Jahren verjährende Klage hat, verstanden werden kann. Da nun die juris quasi possessio dieses Substrates entbehrt, so mußte bei ihr die Möglichkeit einer Dejection geleugnet werden [1]; wenn aber das deutsche Recht, hiervon abweichend, die gänzliche Verhinderung in der Ausübung des Rechtes als eine Dejection (Entwerung) ansah, und ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung des auf diese Weise verlorenen Besitzes für statthaft hielt, so kann dasselbe natürlich nur so weit angewendet werden, als dessen Voraussetzungen wirklich vorhanden sind. Da nun aber das interdictum de vi nach Ablauf eines Jahres nur auf das id, quod pervenit, angestellt werden kann, durch die Entziehung des Besitzes eines Rechts aber der Spoliant nichts erlangt, was unter diesen Begriff paßt, so wird auch das Interdict und die Spolienklage nur innerhalb eines Jahres zulässig sein.

Fünfter Abschnitt.

Von dem Besitze der Freiheit von Realrechten.

§. 18.

Derjenige, gegen welchen ein auf Grund und Boden radicirtes Recht nicht geltend gemacht worden ist, befindet sich im Besitze der Freiheit. Derselbe wird lediglich durch den Umstand begründet, daß ein Recht der Art bisher nicht ausgeübt ist:

Reichsabs. v. J. 1548, §. 63.
Aber die Ausgezogenen, so hiebevor einige Anlag nicht erlegt hätten, und also in possessione vel quasi libertatis wären [2].

---

1) L. 4. §. 27. D. de usurp. v. Savigny, §. 46.

2) Vergl. R.-A. v. 1576, §. 104.

Wenn aber ein solches Recht bisher ausgeübt wurde, und also ein Besitz desselben bestand, so ist es zum Erwerbe des Besitzes der Freiheit nothwendig, daß der weitern Ausübung dieses Rechts widersprochen, z. B. die bisher geleistete Realabgabe verweigert wurde; denn da der Besitz des Rechts erst durch eine solche Verweigerung verloren wird, so kann auch nur erst von da an der Besitz der Freiheit angenommen werden. Das an den in possessione libertatis sich Befindenden gerichtete Begehren eines Dritten, die einem ihm zustehenden auf Grund und Boden radicirten Rechte entsprechende Handlung vorzunehmen, z. B. einen Zins zu entrichten, oder einer Citation Folge zu leisten, kann als eine Beeinträchtigung des Besitzes der Freiheit nicht angesehen werden; denn da durch ein solches Begehren, so lange ihm nicht Folge geleistet ist, der Besitz des in Anspruch genommenen Rechts nicht erworben wird, so kann der Besitz der Freiheit dadurch auch nicht verletzt werden. Dieses geschieht erst, wenn der im Besitze der Freiheit sich Befindende genöthigt wird, die dem geltend gemachten Rechte entsprechende Handlung vorzunehmen, also durch wirkliche Entrichtung der Abgabe oder Befolgung der ergangenen Citation. Die Vornahme dieser Handlung hat den Verlust des Besitzes der Freiheit zur Folge, denn da derselbe gerade darin besteht, daß diese Handlung bisher nicht geschehen ist, so muß auch das Gegentheil davon, also die Vornahme der Handlung, den Verlust des Besitzes der Freiheit nach sich ziehen. Man kann daher den ältern Juristen[1]) nicht beistimmen, welche in diesem Falle eine bloße Störung des Besitzes der Freiheit annehmen. Eine solche ließ sich etwa nur in der Art denken, daß der Andere nicht blos die Vornahme der seinem Rechte entsprechenden Handlung begehrt, sondern dieses Begehren auch zu realisiren sucht, indem er z. B. das angeblich zehntpflichtige Grundstück, um den Zehnten zu holen, betritt, aber an der Wegnahme desselben von dem Besitzer des Grundstücks verhindert wird. Die Rechtslehrer[2]) lassen nun in dem Falle, wo das in Anspruch genommene Recht wider den Willen dessen, der sich bisher im Besitze der Freiheit befunden

---

1) *Post.* l. c. obs. 10. n. 22. et 103. *Gratian.* disc. for. c. 898. n. 17. et 18.

2) *Post.* et *Gratian.* l. c.

hat, wirklich ausgeübt ist, zum Schutze der letzteren das *interd. uti possidetis* zu; eine Ansicht, welche deshalb nicht haltbar erscheint, weil in diesem Falle der Besitz der Freiheit nicht blos gestört, sondern verloren ist. Es fragt sich aber, ob nicht die Spolienklage zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes der Freiheit gebraucht werden könne? In den Gesetzen wird nirgends eines der possessio libertatis zu gewährenden Schutzes erwähnt; denn die Reichsgesetze enthalten nur die Vorschrift, daß diejenigen Stände, welche seit Menschengedenken keine Steuern entrichtet haben, und sich daher im Besitze der Steuerfreiheit befinden, bis zu ausgemachter Sache dabei gelassen und zu einer Steuerzahlung nicht genöthigt werden sollen [1]); hierin liegt jedoch nur eine specielle Anwendung des allgemeinen Satzes, daß während eines Processes das bisherige factische Verhältniß nicht verändert werden soll [2]). Will man aber aus allgemeinen Grundsätzen ein possessorisches Rechtsmittel auf Wiedererlangung des entzogenen Besitzes der Freiheit zulassen, so geräth man in ein unauflösliches Dilemma. Wenn z. B. der Besitzer eines Grundstücks von einem Andern durch Drohungen dahin gebracht ist, an ihn eine angeblich darauf ruhende Abgabe zu entrichten, so hat der Zwingende den Besitz des Rechts erworben, und daher, wenn der Besitzer des Grundstücks beim nächsten Zinstermin die Abgabe verweigert, gegen denselben die Spolienklage, welche durch die Einrede, daß der Besitz gewaltsam erworben sei, nicht elidirt wird. Nehmen wir nun an, daß auch für den, welcher die Abgabe gezwungen entrichtet, und dadurch den Besitz der Freiheit verloren hat, die Spolienklage auf Wiedererlangung desselben begründet sei, so haben wir hier zwei einander gegenüber stehende Spolienklagen mit gerade entgegengesetzter Richtung. Dieselbe Verwickelung tritt ein, wenn man mit den vorhin citirten Juristen zum Schutze des Besitzes der Freiheit das interd. uti possidetis für zulässig hält, weil dasselbe hier, gleich der Spolienklage, darauf gerichtet ist, daß dem Gegner die fernere Ausübung des Rechts untersagt wird. Man wird daher die Statthaftigkeit

1) R.-A. v. 1548, §. 63.; v. 1576, §. 102 u. 104.

2) Tit. X. ut lite pendente nihil innov. (2. 16.).

eines possessorisches Schutzes für den Besitz der Freiheit leugnen müssen. Ist Jemand gezwungen worden, eine Handlung vorzunehmen, durch welche der Zwingende in den Besitz eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes gelangt ist, so muß jener seine Weigerung, dieses Recht ferner anzuerkennen, mittelst der negatoria oder quod metus causa actio durchfechten.

Zur Lehre von letztwilligen Verfügungen bei ehelicher Gütergemeinschaft.

(Auf Grundlage eines praktischen Rechtfalles.)

Von

Dr. P. Fr. Deiters,

ordentl. Professor zu Bonn.

Die häufig vernommene Klage über Mißverhältniß zwischen Theorie und Praxis des Rechts, wenn sie auch zu nicht geringem Theile auf irrige Scheidung des sogenannten Praktischen und Theoretischen hinausläuft, hat unleugbar bis zu einem gewissen Grade Grund; und die Schuld mag auf beiden Seiten liegen. Wenn nun diejenigen, welche zunächst auf die Theorie angewiesen sind, die in der Praxis ihre Lebensfähigkeit äußern und sich erproben muß, anerkennend benutzen, was die sogenannten Praktiker bieten: so ist andererseits erfreulich, Erfahrung zu machen, wie die Leistungen der Theorie in der Praxis Beachtung finden. Auf einer Erfahrung dieser Art in Beziehung auf meine Schrift über die eheliche Gütergemeinschaft ist der folgende Aufsatz gebaut, dessen Inhalt, seiner wesentlichen Grundlage nach, zunächst als Begutachtung eines praktischen Falles aus engerm particularrechtlichen Gebiete entstanden, hier aber verallgemeinert ist.

Kinderlose, in Gemeinschaft aller Güter lebende Ehegatten machten mit einem Dritten einen Erbvertrag, worin sie diesen

„als Universalerben unseres gesammten Nachlasses, des beweglichen und unbeweglichen, unseres gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens bestimmten in der Art, daß derselbe nach unserm beiderseitigen Absterben unser gesammtes nachgelassenes

Vermögen erb- und eigenthümlich erhalten, aber verbunden sein soll, unserm Vetter C. ein Legat von tausend Thalern auszuzahlen."

Von den Eheleuten starb zuerst der Mann bei Lebzeiten des Legatars; die Wittwe aber überlebte den Legatar, der mit Hinterlassung von Kindern, die schon zur Zeit der Errichtung des Erbvertrages vorhanden waren, starb. Vor diesen ging die Wittwe mit Tode ab und der im Erbvertrage Ernannte trat als Erbe in den Besitz des gesammten Nachlasses. Es fragt sich, ist er verpflichtet, den Kindern und Erben des Legatars das ihrem Vater ausgesetzte Legat zu bezahlen?

Es wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß sie ihrem Vater nicht substituirt seien, weder ausdrücklich, noch etwa obwaltenden Umständen gemäß stillschweigend.

Die Frage kann sich daher nur dann zu ihren Gunsten entscheiden, wenn das Legat schon von ihrem Vater erworben war und so von ihm auf sie vererbt. Diese Stellung gerade macht den Fall für die Theorie der ehelichen Gütergemeinschaft, sowie für das Ineinandergreifen des römischen und einheimischen Rechts, also für die Theorie des neuern deutschen Rechts*) besonders anziehend und belehrend.

Wann Legate als erworben zu betrachten seien, ist eine dem reinen deutschen Rechte fremde Frage, und doch ist wieder der Erbvertrag dem römischen Rechte fremd. Schon die Frage also, woher diese Grundlage aller weitern Entscheidung zu entnehmen, erregt auf den ersten Blick Bedenken. Dies hebt sich jedoch ohne große Schwierigkeit. Der Erbvertrag im hier gemeinten Sinne als Erbrecht begründender Vertrag enthält, wie das Testament, Willenserklärung des Erblassers über Succession in den Nachlaß, und der Unterschied besteht nur darin, daß beim Testamente erst im Augenblicke des Todes des Testators sich entscheidet, daß der Inhalt des Testaments sein letzter Wille sei; beim Erbvertrage dagegen wegen der vertraglichen Gebundenheit dies sogleich entschieden ist. Versetzen wir uns nun in den Geist des römischen Rechts, so wird es kein Bedenken finden, daß, falls es Erbverträge

*) Reyscher, in der Bezeichnung der Richtung dieser Zeitschrift I., S. 6—8.

als Nachlaßverfügungen zuließe, es diejenigen Fragen in Beziehung auf dieselben, wobei die Vertragsnatur ganz gleichgiltig ist, und nur in Betracht kommt, daß letztwillig über einen Nachlaß verfügt sei, bei diesen nicht anders als bei Testamenten beantworten würde. Da nun diese allgemeinen Bestimmungen des römischen Rechts als recipirt einen Theil des unsern bilden, erfordert es die Consequenz, diese Anwendung auf die bei uns anerkannten Erbverträge wirklich zu machen. Das schlichte, durch keine besonders nachzuweisenden Verhältnisse modificirte Legat aber, welches dem Vertragserben zu Gunsten eines Dritten auferlegt ist, erleidet unverkennlich dadurch, daß der Erbe einer vertraglichen Erklärung seine Erben-Eigenschaft verdankt, ebensowenig etwas Besonderes, als dadurch, ob der Legatar in einem Codicille oder Testamente bedacht ist [1]). Sonach ist davon auszugehen: das im Erbvertrage ausgesetzte Legat wird gemeinrechtlich in derselben Weise erworben, wie es das römische Recht in Beziehung auf die testamentarischen Legate bestimmt. Diese aber werden, falls sie nicht selbst an Bedingungen geknüpft sind, mit dem Todestage des Erblassers erworben, so daß sie von da an, wenn auch der Legatar den Tag, wo er sie abfordern kann (venit dies), nicht erlebt, auf seine Erben transmittirt werden [2]). Ob der mit dem Legat beschwerte Erbe die Erbschaft schon angetreten habe, entscheidet so wenig über die Erwerbungszeit des Legats, daß selbst, wenn der Erbe sub conditione ernannt ist, das Legat mit dem Todestage des Erblassers für erworben gilt, obschon die conditio damals noch pendens war [3]). Das Recht aus dem unbedingten Legat ist also als onus hereditatis, wenn nur überhaupt Antretung erfolgt, in dem Augenblicke übertragbar vorhanden, wo die Erbschaft selbst als solche vorhanden ist. Daher finden wir auch nirgend eine Abweichung des ausgesprochenen Satzes für den Fall erwähnt, wenn die Erbschaft, also auch deren onera, kraft Universalfideicommisses an einen Andern herausgegeben werden muß, und nur der Fideicommissarerbe das Legat, das nichts destoweniger als schon auf der Erbschaft ruhend zu denken ist, aus-

1) Vergl. L. 6. §. 2. D. Quando dies legatorum (36. 2.).
2) L. 5. pr. §. 1. eod.
3) L. 21. §. 1. eod.

zahlen soll*); eine Bemerkung, von der unten für unsern Zweck Gebrauch gemacht werden wird.

Haben wir sonach zur Entscheidung unserer Frage zunächst den Satz gewonnen: das Legat ist mit dem Todestage des Erblassers übertragbar erworben: so muß nun die Untersuchung darauf gerichtet sein: wann war der Todestag des Erblassers?

Im vorliegenden Falle sind zwei natürliche Todestage vorgekommen, des erst verstorbenen Ehemannes und der zuletzt verstorbenen Wittwe. Es fragt sich, welcher dieser beiden entscheidend sei. Ist es der letzte, so ist das Legat, wovon die Rede, im Augenblicke des Todes des Legatars noch nicht erworben gewesen, und seine Erben haben es mithin nicht zu fordern. War dagegen der Tod des Mannes schon entscheidend, so mochte der Tod der Wittwe dazu dienen, den Tag der Auszahlung (quando peti posset legatum) hinauszuschieben; erworben und auf die Kinder des Legatars übertragen war das Vermächtniß schon vorher.

Hierin beruht unverkennlich allein das Eigenthümliche und Schwierige des vorgelegten Falles.

Man erkennt, bei Vergegenwärtigung der hier in Betracht kommenden Verhältnisse ganz im Allgemeinen, daß die Beantwortung der Frage großentheils davon abhängig sein wird: welche Stellung die Ehegatten zu dem Vermögen hatten, worüber in dem Erbvertrage verfügt worden, also: welches der Charakter der allgemeinen Gütergemeinschaft war, worin sie lebten. Es ist also, wenn die Beantwortung von umfassenderem Interesse sein soll, auf beide Hauptstellungen Rücksicht zu nehmen, worin in Deutschland diese Gütergemeinschaft vorkommt; und je nachdem man denn die eine oder die andere als hypothetisch gemeinrechtlich betrachtet, — eine Frage, worauf hier einzugehen nicht durch die Sache geboten ist, — hat man in den Resultaten des folgenden Versuchs, sofern man sie als richtig anerkennt, gemeines Recht oder nicht.

---

*) Für die Pupillarsubstitution ist in L. 7. §. 5. eod. entschieden ein dem *substitutus* auferlegtes Legat für erworben erklärt, wenn auch der Legatar bei Lebzeiten des instituirten impubes stirbt. Eine Analogie für die Substitution durch Universalfideicommiß ist wohl nicht zulässig. Die Erklärungsweise im Texte gehört einem verehrten Collegen, dessen Thätigkeit vorzugsweise dem römischen Rechte zugewandt ist.

I. Setzen wir zuerst, was in dem vorgelegten praktischen Falle wirklich gegeben war: Die Gütergemeinschaft kannte während der Dauer der Ehe keine Theile der einzelnen Ehegatten am Gesammtvermögen; es fand eine sogenannte communio *in solidum* statt, d. h. nur ein einziges Eigenthum (den Ausdruck im weiteren Sinne genommen) am ganzen Vermögen, also auch nur Ein Eigenthümer; also; die Ehegatten wurden in Beziehung auf dies Vermögen nur „zu gesammter Hand," wie der Ausdruck wiederholt in den Rechtsquellen vorkommt[1]), mithin als Einheit gedacht, also als Eine gedachte (ideelle) oder juristische Person als Eigenthümer des Vermögens betrachtet; es war in diesem Sinne[2]) Gesammteigenthum das Princip der ehelichen Gütergemeinschaft.

Muß uns die Natur der Sache entscheidend sein; ist Consequenz im Rechte, so lange eine widerstrebende Besonderheit nicht für sich positiv zu begründen steht[3]): so folgt aus dieser Voraussetzung streng genommen, daß der einzelne Ehegatte als solcher bei dauernder Ehe letztwillige Verfügungen einseitig weder über das ganze Vermögen, noch über Theile desselben als ihm gehörig, als seinen Nachlaß, errichten könne, und, wenn sie beide zusammen verfügen, eine „Zusammenvermachnuß"[4]) errichten, dies juristisch so zu neh=

---

1) Z. B. schon in den Stat. und Conc. d. Stadt Cöln von 1437, Art. 9: „da sie also gesammenter Hand angeschrieben stunden", zu vergl. Daniels in der S. 121, Note *) angef. Stelle: „die Ehegatten stellen nur Eine moralische Person vor." Wigand (Prov.=R. von Paderborn II. S. 70. Note *) scheint mir gegen Eichhorn (St.= und R.=G. III. §. 451. Note e) Unrecht zu haben, vergl. dieselb. Stat. Art. 10 u. 11. Wohl aber möchte ich mit ihm die *main plevie* des lütticher Gewohnheitsrechts (Warnkönig in den Cranien III. S. 157 flg.) hieherziehen.

2) Der andere Sinn, den man in früherer Zeit wohl untergelegt: „jeder einzelne Ehegatte sei Eigenthümer des Ganzen", ist und bleibt ein logisch unmöglicher; und weder (nach Phillips, deut. Pr.=R., 2te Aufl. I. S. 530. Note 5) „das germanische Leben" (das Logische ist unabhängig von Nationalität und Geschichte), noch die neuerdings häufige Wiederholung in Worten, mit vermeinter Beseitigung der andern Ansicht, können ihm reelle Existenz verschaffen.

3) „Soweit nicht zufällige Abweichungen Platz gegriffen": Reyscher in dieser Zeitschr. I. S. 40—41.

4) Stat. und Conc. der Stadt Cöln a. a. O.

men sei, daß jener Eine Gesammteigenthümer, jenes nur ideelle Subject eine letztwillige Verfügung über seinen Nachlaß errichtet habe. Die consequente Anerkennung dieses Satzes, oder doch, in unmittelbarer Erscheinung, die Anerkennung nur von Gesammtverfügungen und Ausschließung von Einzelverfügungen, läßt sich in einzelnen, bestimmter ausgeprägten Systemen der ehelichen Gütergemeinschaft entschieden genug nachweisen, gewöhnlich entschiedener in dem Falle, wenn die Ehegatten Kinder haben*), was Niemand Wunder nehmen wird, der mit der Entwickelungsgeschichte der ehelichen Gütergemeinschaft bekannt ist. Doch findet sich auch nicht selten, insbesondere bei kinderloser Ehe, der besonders feststehende Satz, daß, trotz jener Grundanschauung über das eheliche Güterrecht, der einzelne Ehegatte auch einseitig, namentlich, über

---

*) Z. B. bei der ehel. Gütergemeinschaft nach münster. Provinzialrechte (vergl. meine ehel. G.-G. §. 110.), nach dem weithin geltenden Rechte der Stadt Rüden (vergl. Seibertz im arnsberg. Archiv I. 4. S. 597. §. 13., und über die weite Giltigkeit die folgenden Hefte des Archivs), nach dem Landrechte von Erbach und Breuberg (vergl. Beck und Lauteren S. 201 ff.), ohne Unterschied beerbter und kinderloser Ehe nach Provinzialrechte von Paderborn und Corvey, Minden und Ravensberg u. s. w. (Vergl. Wigand, Prov.-R. d. Fürstenth. Paderb. u. Corvey I. S. 22. 23., II. S. 118 u. 122., Desselben Prov.-R. des Fürst. Minden I. S. 35.) Scherer, ehel. G.-G., hat für den Fall der beerbten Ehe nicht einmal eine besondere Rubrik bei der „irregulären G.-G." für den Fall, daß „jeder Ehegatte das Recht hat, Testamente und andere letzte Willensverordnungen zu machen", wie bei kinderloser Ehe I. §. 80. 81. — Mittermaier wird den Beweis für den in seinen Grundſ. d. deutsch. Pr.-R. II. S. 915. (5. Ausg.) ausgesprochenen Satz, daß das Recht der Ehegatten, trotz der allg. Gütergemeinschaft zu testiren, gemeinrechtlich anzunehmen sei, nicht führen können, falls die einzelnen Ehegatten für sich gemeint sind, wie es doch allen Anschein hat. Ich erlaube mir, eine Bemerkung, die aus der Praxis stammt, von Beck u. Lauteren S. 202. a. a. O. entgegenzustellen, die keine vereinzelte ist (vergl. z. B. Wigand, Prov.-R. von Paderborn a. a. O.): „In der ganzen Lehre von der ehelichen G.-G. gibt es keinen Grundsatz, der in der Natur des Instituts und in der Sitte der hiesigen Gegend so tief begründet, und von den inländischen Gerichten, von den frühesten bis auf die neuesten Zeiten, so unbezweifelt anerkannt worden, und der zugleich — — — — so einflußreich und wichtig ist, als der Grundsatz des obigen Paragraphen", nämlich von Unzulässigkeit einseitiger Verfügungen.

sein Eingebrachtes und die halbe Errungenschaft letztwillig verfügen kann als über seinen besondern Nachlaß; namentlich, wenn, auch ohne Disposition der Eheleute, die eheliche Gesammtmasse im Augenblicke der Auflösung der Ehe in diese Bestandtheile zerfällt, und auf den überlebenden Ehegatten und des verstorbenen gewöhnliche Erben übergeht*).

Da nun zwei einseitige Verfügungen auch simultan errichtet werden können, so ist, falls zwei in solcher Gütergemeinschaft lebende Ehegatten gemeinschaftlich letztwillig verfügen, eine solche Verfügung auf doppelte Weise zu fassen möglich:

1) in der Weise, daß die beiden Ehegatten „mit gesammter Hand" über die Eine Masse haben verfügen wollen, so daß nur Ein letzter Wille vorhanden wäre, wenngleich von zwei physischen Personen ausgesprochen;

2) in der Weise, daß sie von der, trotz der Gütergemeinschaft ihnen zustehenden Befugniß einseitiger Verfügung haben Gebrauch machen wollen, so daß zwei Erbschaften, namentlich jedes Einzelnen Eingebrachtes sammt der halben ehelichen Errungenschaft, und zwei letzte Willen vorhanden wären, wenngleich in Einer Urkunde niedergelegt.

Es möchte freilich auf den ersten Blick scheinen, daß im vorausgesetzten Falle die erste Auffassungsweise deswegen unzulässig wäre,

---

*) In diesem Sinne kann man wohl mit Daniels: von Testamenten u. s. w. nach kurcöln. Landr., S. 102, sagen: „Die beiden Ehegatten stellen — — — — nur Eine moralische Person vor und keiner darf unter den Lebenden darüber einseitig verordnen; aber beim Absterben zeigt sich — — ein wichtiger Unterschied. War die Ehe kinderlos, so ist für jeden Ehegatten die Hälfte dieser Güter" (particularrechtlich nämlich) „bestimmt. Der Letztlebende darf späterhin" (nach aufgelöster Ehe) „über die seinige" (also, wenn das eventualiter für ihn Bestimmte wirklich das Seinige geworden ist) „nach Willkür verfügen; warum sollte der Vorverstorbene in Hinsicht der" (eventualiter) „seinigen nicht gleiche Rechte genießen?" Es ist aber nicht zu übersehen, daß Daniels hier nicht beabsichtigt, eine einfache logische Folgerung zu ziehen, sondern eine für sich bestehende ratio für einen Satz auszusprechen, den er für den passenderen hält. — Beispiele der angeführten Besonderheit liefern übrigens, außer den bei Scherer a. a. O. §. 81. angeführten, namentlich das münsterische Provinzialrecht (meine ehel. G.-G. §. 109.) und das von Rüben (Seibertz a. a. O. S. 595. §. 12.).

weil damit das Recht einseitiger letztwilliger Verfügung in Widerspruch kommen könnte. Indeß, wenn festgehalten wird, daß, wie auch die entstandene Verfügung gefaßt werde, immer die beiden Ehegatten zunächst und unmittelbar als physische Personen sich erklären, so hebt sich dieser Schein. Wenn nämlich früher eine Gesammtverfügung im ersten Sinne gemacht worden war, und später einer der Ehegatten für sich allein, soweit für ihn ein besonderer Nachlaß gedacht wird, verfügt, so muß freilich in der Zulässigkeit einseitiger Verfügung überhaupt auch die Zulässigkeit anerkannt werden, eine solche Gesammtverfügung einseitig zu widerrufen, also bestimmter: zu erklären, daß man für seine Person zur Darstellung des Einen Willens nicht mitwirken, sondern anderweitig verfügen wolle. Dadurch aber, daß eine bestimmte Art der Aufhebung möglich ist, verliert die Verfügung selbst ihren Charakter nicht. — War andererseits zuerst von einem der Ehegatten einseitig verfügt, und es ist demnächst eine Gesammtverfügung errichtet worden, so hat der Einzelne eben damit, daß er nun seinen physischen Willen zur Darstellung des Einen juristischen Willens mitwirken ließ, implicite das zurückzunehmen erklärt, ohne dessen Zurücknahme dieser zweite Act des Willens ein in sich widersprechender wäre. Auch dann also ist keine Collision zwischen Gesammt- und Einzelverfügung vorhanden.

Es ist dies deswegen ausgeführt worden, um die Anwendung des weiter zu Entwickelnden auch auf Testamente anzudeuten. Denn bei vertraglich gebundenem Willen kann von der angeführten Collision noch weniger die Rede sein, so daß für den Fall, auf welchen diese Abhandlung zunächst gebaut ist, jenes Bedenken kaum erregt werden wird.

Schwierig aber kann im einzelnen Falle die Frage werden: ob denn nun eine Gesammtverfügung im bezeichneten Sinne, oder zwei simultan errichtete Einzelverfügungen anzunehmen seien.

Im Allgemeinen erkennt sich darüber nur dies, daß es auf die Wortfassung und factischen Umstände ankomme, indem zunächst nur von Interpretation des physischen Willens der einzelnen Ehegatten in dieser Richtung die Rede ist. So würden in dem an die Spitze gestellten Erbvertrage die Worte: „unseres gesammten Nachlasses“, der also als Einer bezeichnet erscheint, „in der Art, daß derselbe nach unserm beiderseitigen Ableben unser gesammtes, nachgelassenes Vermögen erb- und eigenthümlich enthalten soll“, dafür

anzuführen sein, daß die Eheleute, als sie den Vertrag abschlossen, das gesammte Vermögen nur ebenso, wie es bei Lebzeiten der Gegenstand der Gütergemeinschaft war, als eine einzige Erbschaft sich dachten, wozu mithin ihre Stellung bei letztwilliger Verfügung gerade dieselbe, die Gemeinschaft darstellende, sei, wie während des Lebens und der Dauer der Ehe. Und es möchte wohl, da die Verfügung immer bei Lebzeiten geschieht, wenn auch ihre Wirksamkeit Todesfall voraussetzt, als Regel anzunehmen sein, daß die Ehegatten sich in solcher Verfügung gerade so handelnd denken, als bei eigentlichen Verfügungen unter Lebendigen, also regelmäßig den gemeinsam ausgesprochenen letzten Willen als einen einzigen Gesammtwillen fassen. Daß sie dabei genau den juristischen Begriff hatten, der darin liegt, ist selbstredend hier so wenig nothwendig, als es in andern juristischen Beziehungen verlangt wird. Dieser wird, wenn das Factische nur gehörig feststeht, von Rechts und Denkens wegen darin gefunden und daraus gefolgert. — Aber möglich bleibt doch immer auch der andere Fall, der sich z. B. unabweislich darin kundgeben könnte, daß, wenn auch in Einem Instrumente, jeder Ehegatte bestimmt, z. B. in der Einheit, über sein Eingebrachtes oder dergl. verfügte.

Daher erfordert es der Gang der Sache, von dem wir uns in der bisherigen Ausführung keineswegs entfernt haben, unter Voraussetzung beider Fälle unsere Frage: wann der Todestag des Erblassers war, der über den Erwerb des Legates entscheidet, zu beantworten.

Erstens von dem Falle ausgegangen, der, ohne abweichenden positiven Satz, principgemäß, jedenfalls aber die Regel ist: die in Rede stehende Willenserklärung sei nur die Eines Subjects und beziehe sich sonach auf die gesammte eheliche Gütermasse als eine einzige Erbschaft: ist zur Beantwortung der Frage, wann der Todestag des Erblassers sei, wann der Erbfall sich ereignet habe, zuvörderst daran zu erinnern nöthig, wessen die Erbschaft, wer der Erblasser sei. Keiner der beiden Ehegatten als einzelne physische Personen aufgefaßt, sondern das Eine Gesammtsubject, dessen Substrat sie sind. Wie nun bei dem gewöhnlichen physischen Individuum der Grund der Erbfolge, wenn wir die Ausdrücke streng nehmen, nicht eigentlich der ist, daß es stirbt, sondern daß es (was ja in der That auch bei Lebzeiten vor-

kommen kann) als Vermögenssubject zu existiren aufhört: so ist dasselbe Verhältniß in Beziehung auf Erbrecht begründet, wenn das juristische Subject, bei dem von Tod im eigentlichen Sinne nicht gesprochen wird, juristisch zu existiren aufhört. Dies ist ein juristisch nothwendiger Erfolg (iuris publici quod privatorum voluntate immutari nequit), an dem die etwanige falsche Meinung und Absicht der Ehegatten selbst nichts ändern kann; ebensowenig wie irgend ein einzelner Erblasser durch seine Bestimmung: „er wolle nicht gleich bei seinem Tode, sondern erst beim Tode eines Andern beerbt werden", hindern könnte, daß gleich nach seinem eignen Tode Erbfolge eintritt. Wenn also auch im vorliegenden Falle die verfügenden Ehegatten die Vorstellung andeuten, ihr Nachlaß vererbe sich erst beim Tode des letztlebenden von ihnen, so folgt die juristische Richtigkeit und Zulässigkeit daraus nicht [1]).

Das Aufhören des Gesammtsubjects, was hier als Erblasser zu betrachten ist, erscheint nach Außen unmittelbar als Aufhören der Gütergemeinschaft, oder fällt damit zusammen. Es muß also zunächst unterschieden werden, ob dieselbe mit der Auflösung der Ehe durch Tod aufhört, oder wirklich fortgesetzte Gütergemeinschaft bei einem fraglichen Systeme der ehelichen G.-G. Rechtens ist, und zwar so, daß dieses durch die Verfügung der Ehegatten nicht geändert wird oder nicht hat geändert werden sollen.

Wäre das Letztere, und zwar in der Weise, daß nicht etwa mit dem Tode eine neue Gütergemeinschaft unmittelbar begänne, sondern wirklich die bisherige, nur daß die Substrate der bisherigen Gesammtperson eine Modification (durch sogenannte Repräsentation) erlitten, fortdauerte: so hinge der Erfolg von so vielen denkbaren Einzelnheiten ab, Verrückung des Wittwenstuhles, Abschichtung u. s. w., daß darüber hier in das Genauere nicht wohl eingegangen werden kann, zumal bei kinderloser Ehe dieser Fall nicht vorkommt [2]), und, sofern wir ihn fingiren, die Entscheidungen

---

1) Mit Recht nennen daher die Praktiker das, was dem überlebenden Ehegatten zufällt, auch bei der ehelichen G.-G. Erbtheil, portio statutaria: Daniels a. a. O. S. 101. Reuß, ehel. G.-G. II. §. 23, der freilich, mit Unrecht und inconsequent, die Richtigkeit dieser von ihm selbst erwähnten Bezeichnungsweise bestreitet.

2) Wohl überhaupt in der bezeichneten Art niemals. Auch wenn in

in den einzelnen denkbaren Fällen sich leicht aus dem weiter bestimmen, was für den andern Fall zu entwickeln ist. Nur das mag nicht unbemerkt bleiben, daß für den Fall fortgesetzter G.=G. mindestens der Tod des überlebenden Ehegatten immer die Beendigung derselben mit sich bringt, hier also der juristische Erfolg mit der Vorstellung der verfügenden Ehegatten, daß der Erbfall sich erst im Augenblicke des Todes des letztlebenden ereigne, in dieser Art zusammenträfe, woraus sich denn ergäbe, daß der Legatar den Augenblick der Erwerbung des Legates nicht erlebt, dasselbe also auf seine Erben nicht übertragen habe.

Als Regel betrachten wir sonach, daß die Gütergemeinschaft mit der Ehe selbst, also schon mit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten aufhört. Dann ist also damit die bisherige gemeine Gütermasse Erbschaft geworden, wie immer sie sich nach Gesetz oder letztwilliger Verfügung verfällen mag; wenn auch namentlich der überlebende Ehegatte in Besitz, Genuß und Verwaltung der ganzen bisherigen Masse bleibt.

Dabei entsteht nun im vorliegenden Falle noch ein Bedenken, was vor der weitern Entwickelung gehoben werden muß.

Der Vertragserbe soll, nach ausdrücklicher Erklärung der erbvertraglichen Verfügung, die Vermögensmasse erst nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten erb= und eigenthümlich erhalten; und nur er, nicht der letztlebende Ehegatte, das Legat zahlen. Die Aufgabe ist also zunächst, den Inhalt dieser Willenserklärung mit der juristischen Nothwendigkeit unmittelbarer Beerbung und der Unzulässigkeit einer Beerbung ex die in Einklang zu bringen.

Das Interesse der Ehegatten besteht augenscheinlich darin, daß der Ueberlebende die gesammte Gütermasse habe und genieße, als sei noch von Erbfolge auf den Vertragserben gar nicht die Rede; daß

---

einem Güterrechtssysteme fortgesetzte Gütergemeinschaft unmittelbar von Rechts wegen eintritt (z. B. nach der Lippeschen Verordnung von 1786, namentlich §. 18), wird, wenn letztwillige Verfügung erfolgt, diese Fortsetzung wohl unverkennlich dadurch ausgeschlossen, so daß im Grunde dann solcher Verfügung ein, sonach vom Particularrechte anerkannter, doppelter Charakter innewohnt: Aufhebung des bisherigen Gesammtsubjects und Bestimmung der Succession. Nur, um nicht zu übergehen, worauf der folgerechte Gedankengang leitete, ist des Falles mit gedacht worden.

aber mit jenes Tode dieser eintrete. Darauf ist also eigentlich ihr Wille zu beziehen, so daß sie, hätten sie genaue Vorstellung von der juristischen Form, worin diese ihre Intension allein zu erreichen möglich ist, gehabt, sie auch ihren Willen in diese Form gekleidet haben würden. Es ist also als mit ihrem Willen übereinstimmend zu betrachten, wenn seinem Inhalte diese Form juristisch untergelegt wird. Dieser Inhalt ist aber ganz vorhanden, wenn angenommen wird, der Ueberlebende sei heres institutus, der Vertragserbe aber erhalte die ganze Erbschaft als Universalfideicommiß, und zwar eius quod supererit. Es ist dadurch dem Privatwillen und dem positiven Rechte auf gleiche Weise Genüge geschehen. Auch dem römischen Rechte sind bekanntlich solche stillschweigende, durch Willensinterpretation ermittelte Fideicommisse nicht fremd; und selbst die Beschränkungen, welche nach römischem Rechte für einen solchen Universalfiduciar und -Fideicommissar eintreten (Quarta Trebellianica; Sicherung des Viertheils beim fideicommissum eius quod supererit), im vorliegenden Falle aber der Intension der Ehegatten, sowohl daß der Ueberlebende die Masse ganz frei habe, als daß der Vertrags- (Fideicommissar) Erbe die Erbschaft ohne Abzug erhalte, zu widersprechen scheinen möchten, heben sich hier durch den Charakter des **Vertrages**, wodurch der Ueberlebende sowohl, als der ernannte Erbe als den ihnen dadurch erwachsenden Rechten entsagend sich darstellen.

Daß diese Auslegung dem Geiste unseres praktischen Rechts entsprechend sei, daß wir also sagen können, hoc jure utimur, dafür mag die ausdrückliche Sanction eines neueren Gesetzbuchs zum Belege dienen, welches daraüf ausging, auf Grund des bisherigen Rechts möglichst das in der Natur der Sache Liegende bestimmt festzusetzen, des **allgemeinen preußischen Landrechts**. Ihm ist der Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, fremd; nicht aber die Nothwendigkeit der Beerbung gleich in dem Augenblicke, wo der Erblasser zu existiren aufhört. Diesemnach bestimmt es in I. 12, §. 259—260:

> „Ist Jemand nur von einer gewissen Zeit an, oder nur bis zu einer gewissen Zeit zum Erben eingesetzt worden, so wird dergleichen Verordnung als eine fideicommissarische Substitution betrachtet.“

„Im ersten Falle ist der Testaments-, sowie im letzten der gesetzliche Erbe für substituirt zu achten."

Darin ist zwar unser Fall nicht in terminis enthalten, aber der Sache nach mit eingeschlossen.

Denkbar wohl, aber weniger dem Inhalte des Willens der Erklärenden entsprechend, scheint eine andere Auffassungsweise, wonach der überlebende Ehegatte nur als Leibzüchter, freilich mit unbeschränkter Administration und Verfügung, der Vertragserbe also als Erbe von Anfang an zu betrachten wäre, beschwert zuerst mit dieser dem Ueberlebenden zu lassenden Leibzucht, und dann, nach Beendigung dieser Leibzucht, mit Auszahlung des Legates. Vorzuziehen möchte diese Erklärung dann sein, wenn so die Stellung des Letztlebenden unmittelbar von Rechts wegen wäre, indem dann den verfügenden Ehegatten die Vorstellung natürlich scheint, daß es bis zum Tode des Letztlebenden so bleiben solle, als sei gar keine letztwillige Verfügung vorhanden.

In Beziehung auf die Frage, auf deren Lösung alle diese Erörterungen abzwecken, führen beide Willensinterpretationen zum selben Resultate. Für die letzte braucht kaum besonders gesagt zu werden, daß auf den Tod der Wittwe rücksichtlich der Erwerbung des Legats nichts ankomme. Aber wenn auch von der Voraussetzung ausgegangen wird, dem Vertragserben als fideicommissarischem sei das fragliche Legat auferlegt, ändert das, wie bereits oben erwähnt worden ist, nichts an dem Satze, daß das Legat als mit dem Todestage des Erblassers erworben zu betrachten sei. Da dieser nun, wie dargelegt, der Tag der mit Beendigung der Ehe aufgehobenen Gütergemeinschaft, der Todestag des zuerst verstorbenen Ehemannes ist, so folgt, daß der diesen überlebende Legatar das Legat bereits erworben hatte.

Wird also der Erbvertrag als Gesammtverfügung aufgefaßt und die gesammten Güter als nur Eine Gesammterbschaft, so beantwortet sich die vornan gestellte Frage ganz zu Gunsten der Erben des Legatars: der Vertragserbe muß ihnen das ihrem Vater ausgesetzte Legat berichtigen. Die Schwierigkeit bezog sich hier auf den Todestag des Erblassers. Auf eine andere Seite wendet sie sich, wenn

Zweitens die Voraussetzung zu Grunde gelegt wird, daß jeder einzelne Ehegatte über einen, ihm individuell angehörigen

Nachlaß, beide also gemeinschaftlich über zwei Nachlasse in dem Erbvertrage verfügt haben. Aus dem Bisherigen ergibt sich schon ohne Weiteres, daß dann für jeden Ehegatten sein Todestag der Tag der für seinen Nachlaß eröffneten Erbfolge sei; daß mithin der Vertragserbe in Beziehung auf den zuerst verstorbenen Ehemann, dessen Nachlaß bis zu ihrem Tode die Wittwe ganz frei in ihren Händen haben soll, entweder als Fideicommissarerbe, oder, was unwahrscheinlicher, als mit dem Legat der Leibzucht für die Wittwe beschwerter unmittelbarer Erbe zu betrachten ist; dagegen als unmittelbar eingesetztem Erben der Wittwe selbst ihm die eigene Erbschaft dieser erst mit ihrem Tode anfällt; und daß jedenfalls Legate, welche die Erbschaft des Mannes betreffen, schon mit seinem Tode; Legate dagegen, welche als von der Frau ihren Erben auferlegt zu betrachten sind, erst mit ihrem Tode erworben sind. Wäre also das fragliche Legat aus dem ersten Gesichtspunkte, als Legat vom Manne, zu betrachten, so hätten die Erben des vor der Auszahlung (die sich durch den Tod der Wittwe bestimmte) verstorbenen Legatars dasselbe nichts destoweniger vom Vertragserben zu fordern; dagegen, von der andern Annahme aus, also als Legat der Wittwe, die Sache angesehen, wäre der Legatar vor der Erblasserin gestorben, mithin das Legat ausgefallen und auf des Legatars Erben nicht übertragen.

An die Stelle der Frage, die zu den bisherigen Betrachtungen führte, tritt also die: als von wem und aus wessen Nachlasse vermacht ist das fragliche Legat anzusehen?

Daß es sich hier bloß um Willensauslegung handle, ist klar. Juristisch ungiltig würde der Wille sein, der einem Andern für dessen Nachlaß einen Erben oder Legatar ernennte, ohne daß sich dies indirect auf den Nachlaß des Erklärenden bezöge. Da nun mit den klarsten Worten beide Ehegatten, und nicht etwa vertraglich, und deswegen unter Miterklärung des Andern, Einer von ihnen, das Legat bestimmen, so sind, anstatt des scheinbar einen Legats, in der That zwei Legate vorhanden; gerade so wie anstatt der scheinbar Einen letztwilligen Verfügung in der That zwei vorhanden sind. Nichts ist aber dennoch klarer, als daß die Absicht nicht dahin ging, daß der Legatar — vorausgesetzt, daß er den Anfall erlebte — zweimal die tausend Thaler erhalten sollte, sondern nur einmal und zwar im Augenblicke des Todes des letztlebenden Ehegatten.

Dies in Einklang zu bringen, bietet sich bei einigem Nachdenken die Möglichkeit einer dreifachen Auslegung:

a) Jedes der beiden Legate sei unter der Bedingung hinterlassen, falls der Verfügende der Letztlebende sei. Dann wäre also das Legat des Mannes hinfällig geworden durch seinen frühern Tod; es bestand nur noch das Legat der Frau. Dessen Anfall aber hätte der Legatar nicht erlebt, seine Erben sonach das Legat gar nicht zu fordern, — ein Resultat, direct entgegengesetzt dem, was bei der ersten Auffassungsweise des Erbvertrages sich ergeben hat.

b) Jedes der beiden Legate sei unter der Bedingung hinterlassen, daß nicht schon aus dem Nachlasse des andern Ehegatten dem Legatar die gleiche Summe möchte zugefallen sein, also gerade für den umgekehrten Fall, daß der Verfügende zuerst versterben möchte. Dann hätte der Legatar den Anfall der vollen tausend Thaler vom Manne erlebt und die Forderung auf seine Erben übertragen, wenngleich sie dieselbe erst nach dem Tode der letzlebenden Wittwe einziehen könnten, während das Legat von der Wittwe durch eine Art concursus causarum lucrativarum ausfiele.

c) Jeder der beiden Erblasser habe nur theilweise, also zur Hälfte, das Legat vermacht. Dann hätte der Legatar den Anfall der fünfhundert Thaler vom erstverstorbenen Manne erlebt und auf seine Erben übertragen, wogegen das Legat der andern fünfhundert ausgefallen wäre, da er vor der Erblasserin gestorben ist.

Die beiden ersten Arten der Auslegung setzen bei den Ehegatten die Vorstellung voraus, daß der Vertragserbe nur als Erbe des Einen von ihnen das ganze Legat zahlen, das Legat nur aus einer der beiden Verlassenschaften hinausgehen sollte. Das aber ist wohl unzweifelhaft, daß sie, über die Verhältnisse im Einzelnen sich nicht völlig klar, von dieser Vorstellung nicht ausgingen, sondern den Erben als Erben beider Massen mit dem Legate beschwert, also das Legat als auf beiden Massen zugleich ruhend, die Summe als aus beiden Erbschaften zusammen hinausgehend dachten. Setzt man nun zur leichtern Veranschaulichung der Sache, daß, statt des einen, zwei physisch verschiedene Erben, jeder für eine der beiden Erbschaften ernannt seien: so hatten die beiden Ehegatten, falls sie sich dieser Trennung bewußt waren, gewiß nicht die Vorstellung und den Willen, nur der eine Erbe solle das ganze Legat bezahlen, son-

dern beide zusammen. Das aber schließt die Vorstellung der Theilung in sich, wie sie ja auch im Zweifelsfalle überhaupt bei einer Obligation Mehrerer auf eine, nur einmal zu zahlende Summe gemeinrechtlich anzunehmen ist [1]), und namentlich, wenn derselbe Testator mehrere seiner Erben mit Einem Legat beschwert [2]).

Also würde von dem dritten der genannten Auslegungsversuche auszugehen sein, wonach der Erbe fünfhundert Thaler als Erbe des Mannes, andere fünfhundert als Erbe der Wittwe zu leisten hat, mithin die Erben des nach dem Manne, aber vor der Wittwe verstorbenen Legatars nur fünfhundert von ihm zu fordern haben, sonach hier das Resultat sich zur Hälfte ungünstiger stellte, als bei Annahme Einer Gesammtverfügung.

Doch soll damit nicht behauptet sein, daß in allen ähnlichen Fällen so entschieden werden müsse. Die Umstände, so wie die Ausdrücke in den Verfügungen können auch auf die beiden andern Auslegungen führen. Es kommt gerade hier die freie Auslegungsregel zur Anwendung: secundum id quod credibile est cogitatum credendum est [3]).

Diese Ausführung hat nun die Lösung der Frage unter der zweiten Hauptvoraussetzung schon vorbereitet oder eigentlich schon mitgeliefert.

Bisher ist nämlich die gestellte Frage unter Annahme einer sogenannten communio *in solidum* behandelt worden.

II. Setzen wir nun den andern Charakter der ehelichen Gütergemeinschaft voraus, der jedenfalls auch vorkommt, eine communio zu ideellen Theilen, Miteigenthum als entgegengesetzt dem Gesammteigenthum: so ist der Theil, der dem einzelnen Ehegatten bei Lebzeiten an der Gesammtmasse zusteht, von selbst sein Nachlaß von Todes wegen, und das Recht einseitiger letztwilliger Verfügung von dieser Seite nicht beschränkter, als bei jedem Andern, dessen Vermögen zufällig mit dem eines Andern eine in natura ungetrennte Masse bildet. Von einer Gesammtverfügung, im oben angenommenen Sinne, kann gar nicht die Rede sein, weil nicht von einem Gesammtgute, von einem Gesammtsubject, von

---

1) Vergl. L. 11. §. 1. 2. D. De duobus reis (45. 2.).
2) Vergl. L. 54. §. 3. D. De leg. I. (30.).
3) L. 24. D. De rebus dubiis (34. 5.).

Einem Willen überhaupt. Die gemeinsam errichtete Verfügung enthält mithin juristisch immer zwei, auf verschiedene Erbschaften sich beziehende, die nur äußerlich verbunden sind. Die Bestimmung des Todestages des Erblassers oder der Erblasser ist also hier physisch gegeben; die Schwierigkeit beschränkt sich auf die Frage: von wem und aus wessen Nachlaß das Legat auferlegt sei. Kurz, der ganze Unterschied dieses und des unter „Zweitens" bei „1." betrachteten Falles besteht darin, daß hierdurch das Princip der Gütergemeinschaft gegeben ist, was dort nur kraft besonderer Begründung angenommen werden konnte. Denn daß dort bestimmter das Eingebrachte und die halbe Errungenschaft als Nachlaß des Einzelnen bezeichnet wurde, hat auf die Entscheidung keinen Einfluß gehabt, und ist auch keineswegs immer das Geltende, vielmehr kommt auch bei der communio in solidum nicht selten vor, daß die Einzelnen über eine Quote des Ganzen verfügen können [1]). Die Entscheidung der an der Spitze dieser Abhandlung aufgestellten Frage muß sonach die schon dargelegte sein, daß im Zweifelsfalle die Hälfte des Legats vom Legatar als erworben anzusehen ist.

Diese, nicht aus der Luft gegriffene, sondern auf concret hervorgetretenes praktisches Bedürfniß gebaute, und daher auch möglichst in dessen Schranken gehaltene Abhandlung veranschaulicht einerseits, wie viel der Doctrin bei derartigen, der neuern deutschen Rechtsbildung angehörigen Stoffen noch zu thun übrig bleibt [2]), andererseits aber gewährt sie wohl beruhigende Ueberzeugung, daß dasjenige Princip der ehelichen Gütergemeinschaft, was erst in neuester Zeit entschiedener ausgesprochen ist, aber immer noch von Man-

---

1) Z. B. nach dem Rechte der Stadt Rüben (Seibertz a. a. O.), nach dem kurcöln. Rechte, gemäß der Meinung von Daniels a. a. O. S. 102.

2) „Den einzigen begründeten Einwand gegen die G.-G., wie sie gewöhnlich und zum Theil auch in unserer Gegend" (Erbach und Breuberg) „ist, könnte man hernehmen von dem Mangel an hinlänglicher Bestimmtheit, Ausführlichkeit und allgemeiner Kenntniß dieser Rechtslehre; zumal sobald es auf einzelne, feinere schwierige Fälle ankommt. — — — Allein dieser Vorwurf trifft entfernt nicht die Sache, das Rechtsinstitut selbst, sondern nur die bisherige, unvollkommene Form seines Daseins; und es ist der Wunsch der gegenwärtigen Abhandlung und ihrer öffentlichen Bekanntmachung, diesem Mangel, so viel es möglich ist, abzuhelfen." Beck u. Lauteren a. a. O. S. 171.

chen mit unbestimmt angedeuteter Bedenklichkeit angesehen wird, in der praktischen Durchführung sich keineswegs so spröde zeigt, als man wohl glauben machen möchte*), vorausgesetzt nur, daß man Consequenzen als solche, wenn keine positive Gegenentscheidung vorliegt, anzuerkennen und festzuhalten nicht Scheu trägt, und nicht lieber über verkehrten Einfluß des römischen Rechts klagt, als, diesen Einfluß als Thatsache anerkennend, ein haltbares Ganze zu gewinnen sucht.

Daher zweifelt der Verfasser nicht an dem Interesse der hier angeregten Fragen an sich; hofft vielmehr seiner Ausführung dadurch Nachsicht zu gewinnen.

---

*) Wenn Herr Geheimerath Mittermaier noch in der 5ten Aufl. seiner Grundf. II. §. 399 sagt: „die Meinung, nach welcher bei der allgem. G.-G. die mystische oder juristische Person, in welcher beide Ehegatten vereinigt wären, die Eigenthümerin des Gesammtvermögens sei, hat keine deutsch-rechtliche Quelle für sich, läßt sich aus allgemeinen Gründen nicht vertheidigen, und führt zu einer Reihe irriger Folgerungen": so scheint dabei die eigenthümliche Stellung der deutsch-rechtlichen Quellen in dieser Lehre (vgl. S. 131, Note 2) und daß, die Folgerungen zu entwickeln, zum Theil noch Aufgabe der Doctrin ist, übersehen; und wenn auch vielleicht von einem Lehrbuche nicht erwartet werden durfte, daß etwas aus dieser „Reihe irriger Folgerungen" wäre angedeutet worden, so läßt sich doch nicht billigen, daß durch die Worte in Note 7: „der Ansicht von Hasse" (nämlich der angedeuteten) „scheint Deiters zugethan in der angeführten Schrift" der Schein begründet wird, als habe ich nicht versucht, in meiner Schrift den Beweis zu führen, daß jenes Princip wenigstens die dort in Betracht kommende „deutsch-rechtliche Quelle" für sich habe und von jenem Principe aus ein System vorzulegen.

Die Lehre von dem Spiel

aus

dem deutschen Rechte neu begründet.

Von

Wilda.

Vorwort.

Die Rechtsgrundsätze über das Spiel und die Wette haben, abgesehen von ihrer unmittelbaren Beziehung, in neuerer Zeit noch ein besonderes Interesse erhalten durch die vielbesprochene, aber wie mir scheint noch nicht zum Abschluß gekommene Frage: über die Anwendbarkeit derselben auf gewisse Arten des Verkehrs mit Staatspapieren, namentlich das sogenannte Differenzgeschäft. Da die Beantwortung derselben eine Feststellung des Begriffes von Spiel und Wette und der in Betreff beider bei uns geltenden Rechtsgrundsätze erfordert, bin ich dadurch auf eine weitere Erforschung dessen, was unsere vaterländischen Rechtsquellen älterer und neuerer Zeit darüber bestimmen, hingeleitet worden. Mir selbst unerwartet hat sich aber hier ein fast unbetretenes in völliger Uncultur liegendes Feld eröffnet, wie es noch oftmals denen begegnen wird, die in den Reichthum unserer deutschen Rechtsquellen, in die Tiefe des deutschen Rechtslebens mit freudigem Ernst einzudringen suchen. — Es war bis jetzt die allgemein geltende Ansicht, daß das, was bei uns über das Spiel und die Wette Rechtens ist, seine Grundlage in dem römischen Rechte habe, welches durch deutsche Rechtssitte und Gesetze nur hie und da etwas modificirt worden sei. So lehren übereinstimmend mit den Lehrern des Civilrechts jetzt fast alle unsere Germanisten; ja es hat die Meinung älterer Juristen, daß durch die Verbreitung des römi-

schen Rechtes, die bis dahin herrschende Ansicht über das Spiel eine gänzliche Umkehr erlitten habe, nur einen beschränkten, nicht auf fester Grundlage beruhenden Widerspruch erfahren. Durch die Darlegung einer bisher unbeachtet gebliebenen Mannigfaltigkeit von Rechtsbestimmungen in ältern und neuern deutschen Rechtsquellen, soll nun aber gezeigt werden, wie sich in Deutschland, unabhängig vom römischen Recht, ein Inbegriff in sich zusammenhängender Rechtsgrundsätze über den bezeichneten Gegenstand entwickelt hat, die das römische Recht bei seiner Verbreitung fertig und in dem Rechtsbewußtsein gewurzelt vorfand, in welchem sie sich dann, ihren Hauptbestandtheilen nach, bis auf die Gegenwart behauptet haben. Es beruhen dieselben auf einer ähnlichen Grundansicht als die ist, welche die römische Gesetzgebung geleitet hat. Gerade diese Aehnlichkeit aber hat den Ursprung der bei uns geltenden Rechtsgrundsätze um so mehr und leichter verkennen lassen. Die richtige Auffassung der Sache ist aber mit nichten etwa blos von einem geschichtlichen Interesse, wie man vielleicht, ehe die eigentlichen Resultate sich hervorgestellt haben, wähnen könnte. Indem man glaubte, sich bei dieser Lehre auf den Boden des römischen Rechtes stellen zu müssen, haben sich Zweifel, Widersprüche gezeigt, deren Grund man entweder in einer abweichenden Praxis und in der Particular-Gesetzgebung gesucht, oder deren man sich durch eine aus deutschem Rechtsbewußtsein hervorgegangene Auffassung und Deutung der römischen Rechtsgrundsätze, ohne sich über dieses Verfahren selbst klar zu sein, entledigt hat. Jene angeblichen Abweichungen, Modificationen des römischen Rechts in seiner heutigen Anwendung haben aber eine Grundlage, die älter als die Herrschaft jenes Rechtes selbst ist, indem sie Bestandtheile der deutsch-rechtlichen Lehre von Spiel und Wette sind, die es sich mußte gefallen lassen, in einem fremden Gewande, als eine fremde Einwanderin im eignen Vaterlande betrachtet zu werden. Es bedarf aber keiner weitern Ausführung, daß bei einer solchen Lage der Dinge die wissenschaftliche Wiederherstellung der deutsch-rechtlichen Lehre von Spiel und Wette —die im Leben ihre Herrschaft eigentlich nie verloren hat, wenn dieselbe oft auch aus Mißverständniß verkümmert worden ist—erst eine richtige Erkenntniß der wahren Bedeutung und des innern Zusammenhanges der Rechtssätze, und somit einen gesicherten Standpunkt für die Rechtsanwendung gewähren kann. Wenn aber der Versuch,

die Grundsätze über Spiel und Wette, wie sie in unserem Rechtsbewußtsein begründet sind und in den neuern Gesetzbüchern großentheils Anerkennung gefunden haben, aus deutschen Wurzeln herzuleiten, nicht als ganz mißlungen erscheinen sollte, so dürfte damit ein neuer Beleg erbracht sein, wie der Sieg des römischen Rechtes über das deutsche oftmals mehr ein vermeintlicher als ein wirklicher gewesen ist, indem dieses durch die Zähigkeit seines Widerstandes, seinen Besitz wenn auch unter fremdem Namen zu behaupten gewußt hat, bis es in günstigerer Zeit frei und offen hervortretend die volle Wiederanerkennung seines Eigenthums würde fordern können. Diese Anerkennung wird aber jetzt schon dem deutschen Recht nicht etwa nur von denen zu Theil, welche der Erforschung und Bewahrung desselben vorzugsweise sich gewidmet haben, und denen man daher eine einseitige Vorliebe für dasselbe zuschreiben könnte, sondern es sind in neuerer Zeit auch Männer, welche mit der Ergründung des römischen Rechtes in seiner volksthümlichen Gestalt zugleich das Streben nach Erkenntniß seines Verhältnisses zur Gegenwart sich zur Aufgabe gestellt haben, zu gleichem Ergebniß gelangt. Es mag hier zunächst nur auf Witte's auch in dieser Hinsicht besonders beachtenswerthe Bearbeitung des preuß. Intestaterbrechts (Lpz. 1838) verwiesen werden, worin der Verf. als einen leitenden Gedanken aufgestellt, und dessen überraschende Wahrheit in zahlreicher Anwendung dargethan hat, daß sich mehr, als man gemeinlich annimmt, von deutschen Rechtsansichten selbst da erhalten hat, wo wir glauben, daß der Sieg des römischen am entschiedensten gewesen ist, indem die Begründer unserer römischen Rechtswissenschaft von den Glossatoren an, durch ihr germanisches Rechtsbewußtsein bei der Auffassung des römischen Rechtes geleitet worden sind und so die Anwendbarkeit desselben auf unsere Lebensverhältnisse vermittelt haben: „Was wir Entstellungen, was wir Mißverständnisse des römischen Rechts zu nennen gewohnt sind, das ist in den meisten Fällen nichts Anderes, als ein richtiges, wenngleich unbewußtes Verständniß dessen, was, im Gegensatz der antiken römischen Rechtsansicht, die einheimische Sitte, das deutsche Rechts- und Volksleben erfordert.“ Daraus ergibt sich aber die Verkehrtheit des Strebens, das heutige römische Recht von solchen sogenannten Mißverständnissen reinigen und, gestützt auf bessere historische Erkenntniß, neue Hilfsmittel u. s. w.,

es in seiner reinen Gestalt wieder erwecken zu wollen. Durch solche, keineswegs vereinzelt stehende Aeußerung, ist gewiß keine geringe Bürgschaft dafür gegeben, daß es die Wahrheit der Sache ist, die alle diejenigen ergreift, welche auf einem freien Standpunkt geschichtlicher Forschung stehen. Es ergibt sich daraus zugleich die freudige Wahrnehmung, wie eine Reaction gegen die einseitig-historische Richtung eingetreten ist, wie die Juristen, von verschiedenen Punkten ausgehend, einem Ziele entgegenstreben, und an der Begründung einer echt vaterländischen Rechtswissenschaft mit gemeinsamen Kräften zu arbeiten begonnen haben.

Als den Gegenstand, woran es hier sich darstellen sollte, daß ein solches Streben nicht unfruchtbar ist, habe ich die Lehre von Spiel und Wette bezeichnet, die, um dann von derselben auch eine Anwendung auf ein der neuen Zeit angehöriges Verkehrsverhältniß machen zu können, erläutert werden sollte. Die Aufgabe, die ich mir dabei gestellt habe, oder die sich mir vielmehr aufgedrängt hat: zu zeigen, daß die bei uns herrschenden Grundsätze ihrem Wesen nach dem deutschen, nicht dem römischen Recht angehören, erfordert aber eine ausführlichere und zahlreichere Darlegung von Beweisen aus den Rechtsquellen, die, wenn auch bekannt und zugänglich, doch nicht Jedem sogleich zur Hand sein möchten, und die gerade in ihrer Nebeneinanderstellung dazu dienen, den Gang der Rechtsentwicklung überzeugend darzuthun; weil aber dadurch die Arbeit die Grenze überschritten hat, die für die Mittheilung in diesem Hefte eingehalten werden mußte, so gebe ich hier, als eine für sich bestehende Abhandlung, eine Erörterung der über das Spiel bei uns geltenden Rechtsansichten und Grundsätze, welche den umfassendsten, die Grundlage gebenden Theil der ganzen im innern Zusammenhang stehenden Arbeit ausmacht, und werde in einem nächstfolgenden Aufsatz das Verhältniß von der Wette zum Spiel, nach römischer und deutscher Rechtsansicht zu entwickeln und dann die Beantwortung der Frage, die zu dieser Arbeit wenigstens die erste Veranlassung gegeben hat, zu gewinnen suchen.

A. Das Spiel in seinem Verhältniß zur Gesetzgebung überhaupt.

Das Spiel ist bei den Römern, wie bei den Deutschen der Gegenstand einer besonders thätigen und eingreifenden Gesetzgebung geworden; die Pandekten weisen auf eine Reihe Senatsbeschlüsse, Bestimmungen im prätorischen Edicte hin, und Justinian hat in besondern Constitutionen eine Art Revision der bis dahin geltenden Rechtsgrundsätze vorgenommen; der Inhalt der deutschen Rechtsquellen soll in dieser Abhandlung dargelegt werden. Durch die römische, wie deutsche Gesetzgebung ist die nach unseren Rechts- und Staatsbegriffen einem jeden freien Manne zustehende Befugniß seine Beschäftigung im Einzelnen wie im Ganzen zu bestimmen, über Zeit, Kräfte, Vermögen in der Regel frei zu verfügen, sich gegen Andere rechtskräftig verbindlich zu machen, in Beziehung auf das Spiel mannigfach beschränkt worden. Man hat bei diesen Beschränkungen aber entweder nur gewisse Arten von Spielen vor Augen gehabt, oder es haben diese doch die nächste Veranlassung selbst da gegeben, wo man weiter gegangen ist. Es sind dieses aber diejenigen Spiele, die in gewinnsüchtiger Absicht betrieben werden. Es gehört dieses aber keineswegs zum Wesen des Spieles überhaupt, selbst nicht derjenigen Spiele, deren regelmäßige Einrichtung es mit sich bringt, daß ein Gewinn und Verlust, welcher sich nach dem stillschweigend oder ausdrücklich eingegangenen Spielvertrag richtet, dabei stattfindet. Der eigentliche, im Begriff des Spieles begründete Zweck, worauf auch der allgemeine Gebrauch des Wortes zurückweist, ist Unterhaltung, Verkürzung der Zeit. Das Spiel gehört vorzugsweise dem Kindesalter an, wo das Leben nur noch Lust und Genuß ist, es dient aber auch zur Zerstreuung, Erholung für diejenigen, welchen der Ernst des Lebens mit seinen Arbeiten, Mühen und Sorgen schon nahe getreten ist. Es verbindet sich damit die Vorstellung einer Beschäftigung ohne Anstrengung, daher das, was Jemandem leicht wird, und auch wohl die Ausübung einer Kunst, weil die Uebung hier Fertigkeit und Leichtigkeit erzeugt hat, — besonders wenn sie erheiternd wirkt (wie die Tonkunst), — Spiel genannt wird. Spiel und Arbeit werden einander entgegengesetzt, und während diese die Grundlage und das Band der bürgerlichen Gesellschaft ausmacht, ist das Spiel in volkswirthschaftlicher Beziehung

eine Beschäftigung ohne eigentliche Hervorbringung, ohne weitere Frucht und Ergebniß. Es hat aber das Alterthum das Spiel — wie eine vernünftige Leitung desselben bei uns auch ein Mittel zur Kindererziehung ist — zum Zweck der staatsbürgerlichen Erziehung gebraucht; so sind die sogenannten Wettspiele ein besonderer Gegenstand der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit und Pflege geworden. Spiele der Art, sie mögen öffentlich oder als Privatübung stattfinden, werden auch, wenn dem Sieger ein ausgesetzter Preis, möge er in einem bloßen Siegeszeichen oder auch in Geld oder Geldeswerth bestehen, zuerkannt wird, dadurch nicht zu Gewinnspielen. Ein Gleiches ist aber auch der Fall, wenn das Spiel nicht eigentlich in einer Darlegung überlegener Körper- und Geisteskräfte besteht, aber die Mitspieler sich es doch in irgend einer Weise zuvorzuthun suchen, eine Art Kampf und Sieg stattfindet, der bald durch irgend eine Fertigkeit, bald durch Gunst des Glückes oder wohl durch Beides zugleich herbeigeführt wird, so lange der eigentliche Zweck hier die Unterhaltung bleibt, der Gewinn dabei, wenn er auch in Geld besteht, nur als das Secundäre in Betracht kommt. Wenn aber der Preis des Sieges, der Gewinn seines Werthes wegen Gegenstand des Wetteifers wird, wenn er es ist, der zum Spiele hinzieht, so ändert sich der Charakter des Spieles, das Wett- oder Unterhaltungsspiel wird zum Gewinn- und nothwendig auch zum Wagespiel, weil da, wo viel gewonnen werden soll, auch in irgend einer entsprechenden Weise eingesetzt und möglicher Verlust erwartet werden muß. Man könnte selbst sagen, daß es damit (wiewohl man oft gerade an diese letzte Gattung bei dem Worte Spiel vorzugsweise zu denken pflegt) seinen Charakter als Spiel überhaupt aufgibt; es verschwindet, wo die gewinnsüchtige Absicht hervortritt, die Harmlosigkeit, die in dem Wesen des Spieles als solchen begründet ist, und das leichtere, dem Ernst entfremdete Interesse, welches das Spiel als Unterhaltung gewährt; statt Erholung von der Arbeit zu gewähren, wird das Spiel zum Mittel des Erwerbes, ohne darum aufzuhören eine für das bürgerliche Leben eigentlich unproductive Thätigkeit zu sein. Da bei den Gewinnspielen Alles lediglich darauf ankommt, daß eine Entscheidung, und wohl zugleich auch daß diese möglichst schnell und in rascher Folge herbeigeführt wird, so folgt daraus, daß die Vornahme, die als Spiel gilt, wie es bei unsern sogenannten Hazardspielen meist der Fall ist, gewöhnlich

sehr vereinfacht wird, denn eine erforderte Fertigkeit oder Geschicklichkeit hält den Ausgang auf und macht diese Spiele weniger für Jeden geeignet, der, worauf es hier ja allein eigentlich ankömmt, die Einsätze wagen kann und will. Doch ist es nicht nothwendig, daß das Gewinnspiel in der bezeichneten Art eingerichtet ist, die Fertigkeit und Geschicklichkeit darauf keinen oder nur einen sehr untergeordneten Einfluß hat, und Glück oder Zufall ausschließlich oder doch am meisten entscheidet. Jedes ursprünglich nicht darauf berechnete Spiel kann zum Gewinnspiel werden, wenn es in einer solchen Weise betrieben wird, daß alle übrigen Interessen dabei zurückgedrängt werden, ein bedeutender Glückwechsel oder Umsatz von beträchtlichen Summen unter den Spielern möglich wird. Es kann dieses aber besonders auch dadurch geschehen, daß die Einfachheit des Spieles, die Schnelligkeit der Entscheidung möglichst durch die Höhe des Satzes ersetzt wird. Es gibt mithin Spiele, die schon ihrer Einrichtung nach darauf berechnet sind, um als Gewinnspiele gebraucht zu werden, bei deren Ausübung die Vermuthung in der Regel sehr nahe liegt, daß sie in gewinnsüchtiger Absicht geschehen ist, während bei den übrigen dieses erst durch das Hinzutreten besonderer Umstände geschieht. Das Spielen in gewinnsüchtiger Absicht ist es, was bei den Römern sowohl als den Deutschen eine besondere Gesetzgebung über diesen Gegenstand hervorgerufen hat, und begreiflich sind es die eigentlichen Gewinn- und Wagespiele, die dabei vorzugsweise in Betracht kommen; aber es hat die Gesetzgebung auch wohl, um möglichem Mißbrauch vorzubeugen, alle Spiele um Geld, selbst wenn aus der Natur oder dem Gebrauch derselben nicht hervorgeht, daß der zu machende Gewinn das dabei Vorwaltende ist, in ihren Kreis gezogen. So verschieden auch der Inhalt der das Spiel betreffenden Gesetzgebungen ist, so geht die Tendenz doch immer dahin, demselben gewisse engere Schranken zu setzen. Der Grund solcher Beschränkung ist aber nicht, daß das Spiel an sich, auch wenn um Geld gespielt wird, als etwas Unsittliches angesehen wird. Nur in Beziehung auf die Geistlichen würde sich behaupten lassen, daß das Spielen als eine ihnen unziemliche und nicht erlaubte Beschäftigung angesehen worden ist*); es haben die ältern Schriftsteller über das Spiel sich daher auch viel mit der

*) S. auch Novella 123. c. 10.

Frage beschäftigt, ob ein Geistlicher Schach spielen dürfe, und wohl oft, besonders aus dem Grunde, weil es sehr zeitraubend sei und die dem geistlichen Beruf zu widmenden Stunden in Anspruch nehme, dieselbe verneint. Man kann auch im Allgemeinen keine Unsittlichkeit darin finden, Gewinn und Verlust von einem ungewissen Umstand, von Ereignissen, die nicht durch unsere Einwirkung und Leitung bestimmt werden, abhängig zu machen; man hat freilich darin wohl zuweilen einen Grund für die Spielverbote finden wollen, wiewohl doch sonst die aleatorischen Verträge, denen man Spiel und Wette wohl (ohne daß dadurch ein Standpunkt, von dem aus dieselben eigentlich zu beurtheilen sind, gewonnen wird) unterordnet, weder beschränkt noch verboten sind. Es scheint mir, als hätte man sich auch das Unterscheidende zwischen dem Gewinnspiel, denn von diesem kann hier eigentlich nur die Rede sein, und den übrigen aleatorischen Verträgen nie recht klar gemacht; dieser dürfte aber, wie ich glaube, darin bestehen, daß bei diesen ein ungewisser, Gewinn oder Verlust herbeiführender Ausgang, bereits als der stets nicht von unserer Lenkung abhängende Erfolg aller zur Ausübung des Gewerbes und der Lebensbeschäftigungen gehörenden Unternehmungen schon gleichsam verhängt ist, und nun der Eine die Gefahr für den Andern ganz oder theilweise übernimmt, während das Spiel eine mit unsern übrigen Lebensbeschäftigungen nicht in Verbindung stehende Handlung ist, durch welche ein Wechsel von Glück und Unglück, ein Uebergang von Vermögen aus der Hand des Einen in die des Andern, ohne anderweitige in den bürgerlichen Verkehr eingreifende und erforderliche Thätigkeit herbeigeführt werden soll. Der Spieler unterwirft sich nicht, wie wir es Alle müssen, dem Geschick; *er fordert es heraus, um ohne Arbeit zu erwerben.* Das Spiel ist aber ein Gegenstand besonderer legislativer Aufmerksamkeit geworden, weil es, wenn es in solcher gewinnsüchtiger Absicht betrieben wird, die Leidenschaften bis zu verbrecherischen Ausbrüchen steigert, bei dem plötzlichen, stets erneuten Glückswechsel hier zur Nichtachtung der Glücksgüter, wie dort zur Verzweiflung treibt, den Wohlstand der Familien untergräbt, weil es von förderlicher, dem Gemeinwesen direct oder indirect zu Gute kommender Thätigkeit abzieht, und leicht und oft dazu benutzt wird, wie die Erfahrung stets gezeigt hat, um sich die Unerfahrenheit oder Leidenschaft Anderer zu Nutzen zu machen und sich auf ihre Kosten selbst in betrügerischer

Weise zu bereichern. Diese Gründe sind auch in größerer oder geringerer Zahl neben einander in den Spielgesetzen aller Zeiten als Grund der besondern beschränkenden Normen angegeben worden. Man hat aber die, um diesen Gefahren zu begegnen, nothwendig erachteten Beschränkungen der Spielfreiheit auf verschiedene Weise zu erreichen gesucht und zwar, indem man den Forderungen, die aus dem Spiele selbst oder bei Gelegenheit desselben, z. B. durch Darlehn zu Spiel, wodurch dieses gefördert wurde, entstanden sind, den Rechtsschutz entzog, den Spielvertrag in der Art für nichtig erklärte, daß sogar Rückforderung des Bezahlten gestattet war, oder bestimmte, daß das Spielgeld fiscalisch eingezogen und noch andere Strafen und Rechsnachtheile die Spieler oder Beförderer des Spieles treffen sollten. Es sind dieses gleichsam Stufen einer fortschreitenden Beschränkung. Ein noch in nahen und fernen Kreisen im frischen und rühmlichen Andenken lebender, aber nicht immer in gleichem Maße besonnener und, selbst wo seine Werke den Schein eines umfassenden Quellenstudiums tragen, nicht immer so gründlicher, als geistreicher und scharfsinniger Schriftsteller, Ed. Gans*), hat die Ansicht durchzuführen gesucht, daß das römische Recht bei dem Spiele und der Wette von einer ganz andern Grundansicht ausgehe, als die dem modernen Rechte und so namentlich der preußischen Gesetzgebung zu Grunde liege. Jenes werde durch das Princip der Strafbarkeit bestimmt, diesem liege das Princip der Gleichgiltigkeit zu Grunde. Bei den Römern nämlich sei das Spiel überhaupt als etwas Unrechtes, Gehässiges betrachtet worden, daher habe es Pönalsanctionen gegen das Spiel aufgestellt; bei uns sei die Ansicht vom Spiel eine mildere, „weil das Vertrauen auf Hoffnungen und die Sitte, vom ungewissen Ausgang eines Ereignisses etwas abhängig zu machen, weit mehr in das moderne Leben als in das Alterthum eingedrungen sei; deshalb werde das Spiel nicht als strafbar angesehen, aber weil es nicht in der Nothwendigkeit des Verkehrs begründet sei, lasse ihm der Staat keinen Rechtsschutz angedeihen, verhalte sich dagegen gleichgiltig, daher eine Spielschuld nicht eingeklagt werden könne u. s. w." Es ist auch dieser Darstellung, wohl weil man von ihrem Urheber kaum etwas

*) Ueber Spiele u. Wetten in Ed. Gans' Beiträgen z. Revision der preuß. Gesetzgebung (Berlin 1832), Bd. 1, S. 164 ff.

Anderes glaubte erwarten zu dürfen, und weil sie auf den ersten Anblick etwas Blendendes hat, von einem um die Wissenschaft des preußischen Rechtes hochverdienten, rühmlichst bekannten Gelehrten das Prädicat „geistreich und scharf" zu Theil geworden, während, wie es mir scheint, ein genaueres Eingehen in die Sache, einem Jeden die gänzliche Unhaltbarkeit, dieser eines jeden Fundamentes ermangelnden, zu falscher Beurtheilung der Gesetze verleitenden Auffassung nahe bringen muß. Da sich dieses aber vollkommen überzeugend erst im Laufe der hier folgenden Untersuchung hervorstellen wird, so mögen hier nur zur Rechtfertigung dieses Urtheils folgende Bemerkungen dienen. 1) Wenngleich in den positiven Rechten für die Eingehung gewisser oder aller Verträge besondere Formen vorgeschrieben sind, so daß jene nur, wenn diese beobachtet worden, eines vollkommnen Rechtsschutzes genießen, so kann man doch nicht sagen, daß die Wirksamkeit der Verträge erst durch eine bestimmte Anerkennung und Zusicherung des Rechtsschutzes, welche erfolgt, wenn sie als in der Nothwendigkeit des Verkehrs begründet erscheinen, hervorgerufen werde. Aus dem Begriffe der Person und des Eigenthums geht es hervor, daß ein Jeder gegen Andere Verbindlichkeiten eingehen kann, so daß diese dadurch ein Recht auf deren Erfüllung erwerben. Jedem positiven Recht liegt die Regel zu Grunde: pacta sunt servanda, und wenn dabei, abgesehen von den zu beobachtenden Formen, durch welche nur meist das Vorhandensein eines wirklichen Vertrages außer Zweifel gestellt werden soll, auch materielle Beschränkungen eintreten, so sind diese eben als eine Abweichung von jener Regel zu betrachten. Solche Beschränkungen sind aber in jedem Fall ein positives Institut und beruhen auf besonderen Gründen, welche sie hervorgerufen haben, so daß man nicht sagen kann, daß der Staat, wo er einem Rechtsgeschäft seinen Schutz nicht angedeihen lasse, sich dagegen gleichgiltig verhalte, indem er gerade hier sehr bestimmt eine Willensmeinung ausdrückt. Von einem Princip der Gleichgiltigkeit, wie es der Verf. aufstellt, kann daher hier überhaupt gar keine Rede sein, und es ist in Beziehung auf das Spiel gewiß nicht vorhanden, wenn in einem Rechtssystem der Satz ausdrücklich ausgesprochen wird: daß wegen einer Spielschuld eine Klage nicht stattfinden soll; es wird hier vielmehr einer Forderung, weil sie unter bestimmten Verhältnissen entstanden ist, in Beziehung auf diese, die Wirksamkeit die sie sonst

haben würde, aus legislativen Gründen entzogen. — 2) Ein solcher Gegensatz zwischen dem römischen und dem neuern Recht, wie ihn der Verfasser annimmt, ist gar nicht vorhanden. Das römische Recht unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Spielen, die in Beziehung auf die ersten eingegangenen Verträge waren vollkommen rechtsbeständig; das Betreiben verbotener Spiele galt als widerrechtlich und strafbar, bis Justinian bestimmte, daß eine Strafe nicht eintreten*), sondern nur die bei dem Spiel eingegangenen Verbindlichkeiten durchaus nichtig sein sollten. Bei den Deutschen war ursprünglich der Spielvertrag wirksam, wie jeder andere; erst allmälig kam man dahin, diese Wirksamkeit zu beschränken, und etwa seit dem 14. Jahrhundert fing man an zwischen erlaubten Spielen und verbotenen zu unterscheiden, doch in der Weise, daß auch eine aus den erstern entstandene Schuld nicht eingeklagt, das Bezahlte aber auch nicht zurückgefordert werden konnte, während die Ausübung der letztern mit Strafe bedroht war, so wie ja noch jetzt fast in allen unsern Staaten besondere Spielstrafgesetze, gegen die sogenannten Hazardspiele insbesondere, bestehen, die ihrer Grundlage nach nur weit weniger neuern Ursprungs sind, als man es gewöhnlich angenommen hat. Es wird der Nachweis dieser Angaben einen Hauptgegenstand unserer Abhandlung ausmachen. Während also im Justinianeisch-römischen Recht die Spielgesetzgebung in gewisser Beziehung milder geworden ist, ist man in Deutschland auf dem Wege einer mehr und mehr hervortretenden Strenge vorgeschritten. Wie läßt sich hier sagen, daß dem römischen Recht das Princip der Strafbarkeit, dem deutschen das der Gleichgiltigkeit gegen das Spiel zu Grunde liegt? 3) Es gilt dieses aber auch von dem Verhältniß des preußischen Rechts zum römischen, da jenes sich ganz den deutschrechtlichen Grundsätzen anschließt. Es ist in dem preußischen Landrecht von dem Spiel und der Wette an zwei verschiedenen Orten die Rede; an dem einen (Th. I, T. 11, §. 577—581) wird von den erlaubten Spielen gehandelt, und das Wesentlichste der Bestimmungen ist, daß eine daraus entstandene Forderung nicht eingeklagt werden kann, während ein Rückforderungsrecht nicht stattfindet; an dem andern (II. 20, §. 1298—1307) wird bestimmt, welche Spiele, unter welchen Bedingungen und wie dieselben strafbar sind.

*) C. 3. Cod. de aleatoribus: nulla sequatur condemnatio.

Wie soll man es aber sich erklären, daß der Verfasser eines Aufsatzes, worin der Geist der preußischen Spielgesetzgebung dargelegt werden soll, jene letzteren Bestimmungen ganz ignorirt, der unerlaubten Spiele mit keiner Silbe erwähnt und dieser Gesetzgebung das Princip der Gleichgiltigkeit gegen das Spiel unterlegt? Daß dieses aber geschehen konnte (einem bloßen Vergessen halten wir uns nicht berechtigt es zuzuschreiben), zeigt eben, wie sich in dieser Abhandlung hervorstellen wird, daß der genannte Autor das Wesen der Sache, die Entstehung und den innern Zusammenhang der preußischen Spielgesetzgebung durchaus nicht gehörig erkannt hat. Es kann jener Aufsatz aber zum Beleg dienen, wie eine rationelle Behandlung des Rechts, die es sich zur Aufgabe stellt, den Institutionen gleichsam ihren Geist abzufragen, sie auf die ihnen zu Grunde liegenden allgemeinen Principien zurückzuführen, allerdings allein den Anspruch auf die Bezeichnung wissenschaftlich machen kann, sofern sie nämlich auf einer gründlichen, durch Erforschung der Quellen erworbenen Erkenntniß des Entwicklungsganges des Rechtes beruht, ohne diese letztere um so verderblicher wird, weil sie nicht nur Irrthümer erzeugt und verbreitet, sondern dieses in einer blendenden und verführerischen Weise thut, welche der Geringschätzung der durch Mühe zu begründenden, soliden Basis des Wissens nur zu sehr Vorschub leistet; daher eine solche Richtung noch schädlicher werden könnte, als die einseitig geschichtliche, weil sie die Wurzeln der Wissenschaftlichkeit verdorren macht.

B. Die deutschen Rechtsgrundsätze über das Spiel.

I. Aelteres Recht. Entstehung der Unwirksamkeit der Spielschulden.

Aeltere Schriftsteller insbesondere haben behauptet, das deutsche Recht habe überhaupt das Spiel nicht als unerlaubt und die bei demselben eingegangenen Verbindlichkeiten als rechtsbeständig betrachtet, während man in neuerer Zeit sich wohl zu der Ansicht hingeneigt hat, das ältere deutsche Recht habe dem römischen schon näher gestanden als es gemeinhin angenommen worden*). Beide An-

*) Mittermaier, deut. Priv.-R. §. 298.

sichten sind richtig, und das Wahre besteht hier eben in der Vereinigung derselben. Beschränkungen und Verbote in Bezug auf das Spiel sind in Deutschland erst allmälig entstanden, doch unabhängig vom römischen Recht, und ohne daß dabei eine besondere Mitwirkung der Geistlichkeit, ein Einfluß des kanonischen Rechtes, welches besonders Spielverbote für die Geistlichkeit enthielt, bemerkbar wird. Phillips[1]) will freilich der durch das Christenthum bewirkten Umwandlung der religiösen Vorstellung der Germanen, mit welcher er das Spiel in Verbindung bringt, es zuschreiben, daß das Spiel den Charakter einer strengern Verbindlichkeit verloren habe; allein es fehlt dafür nicht allein der diese Ansicht stützende Nachweis, sondern es spricht dagegen die erst so spät hervortretende Beschränkung. — Um die Ansicht der Deutschen über das Spiel zu begründen, beruft man sich gewöhnlich auf die Erzählung des Tacitus, welcher berichtet, es hätten die Deutschen das Spiel wie ein ernstes Geschäft und mit höchster Leidenschaftlichkeit betrieben, so daß sie zuletzt, wenn Alles verspielt war, selbst ihre Freiheit eingesetzt hätten. Das gänzliche Schweigen der Volksrechte, sowie der skandinavischen Rechtsquellen möchte vermuthen lassen, daß der Spielvertrag eine eben so vollkommen bindende Verbindlichkeit wie jeder andere Vertrag erzeugte. Die erste Spur einer beschränktern Wirksamkeit zeigt sich im Sachsenspiegel, indem der Erbe, der sonst, so weit die fahrende Habe reichte, für die Schulden des Erblasses aufkommen mußte, von der Verpflichtung freigesprochen wurde, die Spielschuld zu bezahlen.

> Sve[2]) so dat erve nimt, die sal dur recht die scult gelden also vern, als it erve geweret an varender have. Düve noch rof noch dobelspel n'is he nicht plichtich to geldene.

Außerdem enthält das sächsische Landrecht nur noch die Bestimmung, daß wenn ein Knecht seines Herrn Gut verspielt, verkauft, verpfändet oder sonst veräußert, der Herr es wiederfordern kann, daß dem Herrn aber kein Klagerecht zusteht, wenn der Knecht sein eigenes Gut in der benannten Weise verbringt, weil er ihm

1) Phillips, deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 504.

2) S. Sp. I. 6. §. 2. Es ist dieses vielfach in anderen Rechtsbüchern und Statuten wiederholt. S. auch Berk, bremische Güterrechte der Ehegatten, S. 90.

nicht zu ersetzen braucht, wenn er ihm auch sonst Verluste ersetzen müßte [1]). In Beziehung auf das Spiel läßt sich daraus weiter nichts entnehmen, als daß man das im Spiel Verlorene nicht wieder zurückfordern konnte, aber es ergibt sich nicht, ob eine Klage wegen des Verlorenen gegen den Spieler Statt fand. Ließe das sächsische Landrecht hierüber auch noch einigen Zweifel übrig, so wird dieser durch das Rechtsbuch nach Distinctionen gehoben, welches die Verbindlichkeit einer Spielschuld nach Landrecht ausdrücklich und im Gegensatz zum Weichbildrecht anerkennt.

> Wer [2]) in lantrecht dem andern beclait umb topelspil und bekennet man daz an gericht ob einer clait der in dem gericht nicht ein dingpflichtichte ist: so schol der richter dem darumb helfen. So nimpt er den dritten pfening, ob man es nicht vorsacht.

Im J. 1331 am 9. Octbr. schloß der Graf Ulrich von Württemberg einen Vergleich mit der Stadt Eßlingen, in welchem abseiten der Stadt versprochen wurde, daß wenn ein württembergischer Unterthan im Spiele daselbst Schulden gemacht, man ihn deshalb nicht festhalten und keinen Zwang gegen ihn üben, sondern nur was er bei sich führt abpfänden und wegen des weitern Anspruchs ihn bei dem Gerichte, darin er besessen, oder dem er sonst unterworfen, belangen sollte [3]).

Wenngleich die Befreiung des Erben von der Pflicht, die Spielschuld zu gelten, als die erste Spur einer Ansicht betrachtet werden muß, wornach man eine solche Verbindlichkeit als eine nicht zu begünstigende anzusehen anfing, so war sie aber dennoch nicht nur eine zu Recht beständige und klagbare, sondern es wurde die Spielschuld, insofern die Bezahlung sogleich, ehe die Parteien auseinander gegangen waren, verlangt wurde, als eine so liquide Schuld angesehen, daß selbst da, wo sonst dem Gläubiger ein Pfändungsrecht wegen kundlicher, unläugbarer Schuld nicht mehr gestattet war [4]), dasselbe in diesem Falle doch noch geübt werden durfte.

1) S. Sp. III. 6. §. 1, 2. Es ist auch dieses in vielen Rechtsbüchern und Statuten wiederholt.

2) Rechtsb. n. Dist., herausg. von Ortloff. IV. 36. d. 11. vgl. d. 10.

3) In Reyscher, Sammlung württemb. Gesetze. Bd. 4. S. 5.

4) S. mein Pfändungsrecht im 1. Band dieser Zeitschrift S. 190 ff. 199 ff. bes. S. 202.

(Pfenden[1]) ob dem Spill.) Und ob dem spil mag einer den andern auch pfenden. Lezet er in aber gen vnd kumt von dem Spilbret mit seinem willen. oder on seinem willen. so schol er hin nach im mit rehte darumb sprechen und sust nicht darumb pfenden.

Der vorhergehende §. 124 handelt von der Pfändung um Zins, die nicht so beschränkt war wie die wegen einer Spielschuld, sondern so lange geübt werden konnte, als der Zins unberichtigt war. Wegen anderer Schuld durfte nach bamberger Stadtrecht (§. 122) keine Pfändung ohne Urtheil und gerichtliche Erlaubniß (on gerehte vnd on reht) nicht geübt werden. Wenn sich der Schuldner der Zahlung oder Pfändung zu entziehen suchte, oder wenn er kein hinreichendes Pfand bei sich hatte, so konnte man sich selbst seiner Person versichern, wie dieses besonders aus einer (wahrscheinlich aus einer andern Rechtsquelle entnommenen) Stelle in der Bearbeitung des sächsischen Weichbildes, welche von Thüngen aus einer heidelberger Handschrift neuerlichst herausgegeben hat[2]), hervorgeht:

Vorspilt eynn man yn des andern hause und hat er nit pfandes er mag yn woll vor dy schult auff halden ynen syner gewernn. Byß das er ym das syne vorgilt. kumpt aber yener hynn wegk her kan ym nicht angewynnen Den seyn Bloß recht.

Es heißt dieses Letztere: es steht ihm dann blos noch ein Klagerecht zu, doch kann er weder pfänden noch sich der Person des Schuldners bemächtigen. Wenngleich hier supponirt wird, daß in dem Hause des Gläubigers gespielt wurde, so war doch das Recht, den Schuldner aufzuhalten oder zu pfänden, keineswegs dadurch bedingt, es war dieses vielmehr ein Recht, welches dem gewinnenden und unbefriedigten Mitspieler zustand, wo auch gespielt sein mochte; dieß scheint namentlich noch durch eine Bestimmung in dem alten, wohl dem 13. Jahrhundert angehörigen lüneburgischen Stadtrecht, welches Dreyer herausgegeben hat, bestätigt zu werden:

So eyn[3]) Mahn Gelt verdobelede, unde worde umme dat

1) Bamberger Stadtr. §. 125, bei Zöpfl: das alte bamberger Recht als Quelle der Carolina (Heidelb. 1839), Urkundenb. S. 39.

2) Sächsisches Weichbild nach dem Codex Palatinus Nr. 461. Herausg. von v. Thüngen (Heidelb. 1839), Art. 349.

3) Jura vetustissima civit. Luneb. (in Dreyer's Nebenstunden S. 376) c. 36.

Gelt slaten by dath Breth, queme he van Eventüre weg, so mach ehne nemandt umme dath Gelt beschuldigen. Worde he aver ghenamen von dem Brede mit Gewalt, men schall ehme darume beschuldigen vor dem Vagede, wes he bekent de twe deel schal he geven dem Sakewalden, den dridden Deel dem Vagede.

Daß von jeder eingeklagten Spielschuld der Richter den dritten Theil erhielt, was nach den Distinctionen nur dann im Landrecht der Fall war, wenn der Kläger ein Gast war, findet sich auch noch in andern statutarischen Rechten, so z. B. in dem ältesten hamburgischen Stadrecht[1]):

—wente van Duve und van Rove dat Gasten angeit unde van Wedde, unde van Dobelesspele dat vor Rechte vorklaget werd, hevet dat Richte dat drüdde Deel.

Während das alte Stadtrecht von Braunschweig von den obigen Satzungen eine Ausnahme macht und bestimmt, daß man wegen Spielschuld niemand festhalten, sondern ihn nur gerichtlich belangen soll:

Vmme[2]) dobbelspel scal me nemende vpholden, he si jungh eder alt, den jungen de neyn gud hefft mach me nicht umme dobbelspel vorclaghen vor gerichte, den olden de eghen gud hefft, mach me vor gerichte vorclaghen umme dobbelspel.

war in Lüneburg das Klagerecht selbst dadurch bedingt, daß man den Schuldner gleichsam wie einen auf handhafter That ergriffenen Missethäter vor Gericht brachte; war er entkommen, so konnte man seine Forderung nicht weiter geltend machen. Aber eine unbedingte Aufhebung der Klagbarkeit der Spielschuld findet sich zuerst in dem etwa gleichzeitigen magdeburgischen, im J. 1261 nach Breslau geschickten Schöffenrecht, welches (Art. 51) bestimmt[3]), daß, wenn Jemand um Spielschuld beklagt wird, er nicht darum zu antworten

---

1) Hamburg. Stadtr. v. 1270, XII. 7., b. Anderson, hamb. Priv.-R. Bd. 1. S. 100.

2) Legg. antiquiss. civit. Brunsw. IV. 57., b. *Leibnitz* Scriptt. Rer. Brunsw. T. III. p. 442.

3) Bei Gaupp, hallisch-magdeb. R. S. 239. Magdeb.-görlitzer R. von 1304, Art. 107. Daselbst S. 305. Alt culmisches R., Art. 77. (herâg. v. Leman, Berlin 1838) S. 77.

braucht. Daher setzen die Distinctionen hier auch Landrecht und Weichbildrecht einander entgegen:

> In wicpilde[1]) beclait einer den andern umb topilspil, da en darff man nicht umb antworten, wenn man sich dez mit rechten urteiln ensait.

Nach einem Zusatz zu obigem Artikel des magdeburgischen Rechtes: „und der Richter soll darüber nicht richten", der späteren Bearbeitungen der aus dem magdeburgischen Rechte hervorgegangenen Rechtsquellen angehört[2]), wurde, wie es scheint, der Richter angewiesen, Spielklagen, selbst wenn der Beklagte die Einrede der Unklagbarkeit nicht eingewendet hatte, von Amts wegen abzuweisen. Es scheint mir aber auf einem Mißverständniß zu beruhen, wenn das alte culmische Recht sogar dieses auf den Fall ausdehnt, wenn Jemand durch falsche Würfel im Spiele betrogen worden:

> Toppil spil — heißt es nämlich daselbst —[3]) ist eyn spil von mutwillen. wehn des spiles lustet. der sal dy wurfele vor beseen. vnde sal sich vor trogene huten. wenne der richter sal obir toppil spil nicht richten. Sunder dy ratmanne dy in den steten synt. dy mogen myt der wissesten lute rate wol willekore setzen obir toppil spil vnd obir valsche wurfele und das sturen. vf das dy lute myt toppilspile nicht tzu sere beschediget werden.

Wegen Betruges beim Spiel wurde nämlich, es mochte die Spielschuld gerichtlich gefordert werden können oder nicht, sonst immer eine Klage gestattet, so wie die, welche den Betrug geübt, namentlich mit falschen Würfeln gespielt hatten, hart bestraft wurden. Es läßt sich besonders das alte augsburgische Stadtrecht hierfür zum Belege anführen:

> Ist[4]) auch daß Leüth mit einander spielen bey der nacht, und das vor Gericht zu klage komt und einer klagt, daß ihm der ander sein gut mit unrecht angewunnen hat, dasselb spiel, es sey verbürget oder nicht, soll kein krafft haben, und soll der da gewunnen hat ein Jar aus der stat seyn.

---

1) Rechtsb. n. Dist. IV. 36. d. 9, s. oben S. 146.
2) Sächs. Weichb. (b. Ludovici), Art. 101.
3) Alt-culm. R., a. a. O. Art. 78.
4) Alte augsb. Statuten von 1276, Art. 397. §. 2. b. Walch, Beitr. Bd. 4. S. 393.

Wer mit*) dem andren spilt mit hohlen Würfflen, oder mit gefülten würfflen — wird er deß bewärt selb dritt mit den die es gesehen haben, so soll man ihm die hand darum heißen abslagen 2c.

Die Urheber jener Anordnung, wodurch die Klagbarkeit der Spielschulden aufgehoben wurde, scheinen zunächst nur die Absicht gehabt zu haben, ein übermäßiges Spiel zu verhindern, und daß im Taumel der Leidenschaft die Bürger nicht etwa verleitet werden sollten, ihr Vermögen ganz oder großentheils auf's Spiel zu setzen. Dazu schien jene Maßregel im Allgemeinen zu genügen, und es blieb dem Gewinner die Befugniß, sich an das, was der Spieler mit sich führte, zu halten. So sagt die Glosse zu B. III. Art. 6. des Sachsenspiegels:

Hätte auch einer sein Gut verspielt, und hätte ferner nicht zu geben, was er verspielt hat, man darf ihn darum vor keinen Richter beklagen. Man darf ihn auch nicht höher pfänden, denn um das, was er um und an hat. Entläuft er, so ist er gar los.

Es passen diese Bemerkungen aber nicht zum sächsischen Landrecht, da zur Zeit, als dieses verfaßt wurde, eine Spielschuld, wie jede andere gegen den Schuldner, so lange er lebte, eingeklagt werden konnte und er mit seinem Vermögen, worüber er verfügen konnte, dafür haftete; der Glossator dürfte hier aus dem sächsischen Weichbild geschöpft haben, denn in der lateinischen Uebersetzung in Ludovici's Ausgabe (der deutsche Text ist hier durchaus unklar) heißt es (Art. 104):

De aleae ludo — nec pignorare ad majus poterit, nisi quod circa se habuerit, et si aufugerit liberabitur.

Es wurde daher auch oftmals ausdrücklich verboten, noch irgend

---

*) Ebendas. Art. 209. S. 215. — In Zürich wurden zufolge des Richtebriev's S. 73 Spieler, bei denen man falsche Würfel gefunden, geschwemmt, d. i. an einen Kahn gebunden durch den See gezogen. S. Hüllmann, Städtewesen Bd. 4. S. 250. In Ulm sollte, wer falsche oder geblibete (gefüllte?) Würfel trug oder damit umging, ein halbes Jahr oder länger, je nachdem es dem Rath gutdünkte, aus der Stadt sein. S. Jäger, Gesch. v. Ulm, S. 540. In Frankfurt am M. wurden falschen Spielern zuweilen die Augen ausgestochen oder sie wurden mit der Karte gezeichnet in den Main geworfen. S. Kirchner's Gesch. v. Frankf. a. M. Bd. 1. S. 589.

einen weitern Zwang gegen den Spieler zu üben, wenn das, was es bei sich führte, was er um und an hatte, zur Bezahlung der Spielschuld nicht hinreichte. Man durfte sich daher nicht, wie es sonst bei einem zahlungsunfähigen Schuldner der Fall war, an seine Person halten, oder ihn zur Stellung einer Bürgschaft nöthigen; war Letzteres geschehen, so war die Bürgschaft unwirksam. Verboten war es auch, Jemandem ein höheres Darlehn beim Spiel zu machen, als die Kleider des Spielers werth waren.

> Welch Gast[1]) in dise Stadt reit, fehrt oder gehet, Geht er in ein Leuthaus und spilet darin tages oder nachts, den sol niemand weren oder nöten, wan als teür er an hat oder bey ihm hat oder herbringt das sein eigendlich gut ist das er zü den Zeiten hie hat. Wirt darüber iemand genötet mit fängknus den soll ein Vogt oder ein Burggrav ledig machen. Wär aber daß man ihn benöthe daß er verbürgen müst, wen das für Gericht komt, das soll kein krafft haben. Dasselb recht hat auch ein ieglich man der in ein Leuthaus geht, und da spielt daß den nieman weren soll wann als teur er an hat, und auf kein sein gut das er daheim hat.
>
> Nen[2]) werth noch neman schall vp eynen unsen borger an dobelspele mer geven denne sine kledere unde ander dinghe wert is, dat he by seck hefft noch vp one an dobelspele winnen; we dat dar boven deyt, so mot he dat van ome vorderen vor gerichte: Spenne he one eder beholde he one dar en boven dat moste he weder den Vogede mit wedde unde dem Sakewalden mit bote.
>
> Gewinnet[3]) auch einer mit topelspil eime mer an, wenn er by im vnd umbe hat, unde spennet in in by vessere ader helden daz muz er wider tun, und muz dem sachwolden buzen und dem gerichte wetten[4]).

Weitere Beschränkungen fanden noch in Beziehung auf Unmündige Statt. Einige Statuten verordnen, daß ein Unmündiger nicht mehr als seine Kleider, die er an hat, soll verspielen können und daß er um

---

1) Augsb. Stat. v. 1276, a. a. O. Art. 398.
2) Leges Goslar. §. 126, b. *Leibnitz* Scriptt. Rer. Brunsw. III. p. 520.
3) Rechtsb. n. Distinct. IV. 36. d. 8.
4) Vergl. das. III. 9, 3. mit sächs. Landrecht III. 39. §. 1.

mehr nicht gepfändet werden kann; was er sonst noch bei sich führte, wurde als nicht ihm, sondern seinem Vater angehörig angesehen, wenigstens stand diesem ein Rückforderungsrecht zu:

Man [1]) sal keines mannes sun an spile hoer verpfenden. wenne alse vil. alse cleider am halse hat. vnd nimet der sun deme vater sines gutis icht. iz si. was iz si — vnd setzet iz von sin spilgelt. wo iz denne der vater an kumt mac sich iz mit gerichte vnderwinden.

Ez en [2]) schol auch nieman vf deheinez mannez sun der nicht eigenz guetez hat dehein pfant haben mer vf in spilen danne sein gewant erlangen ꝛc.

In dem ältesten wiener Stadtrecht (v. 1296) befindet sich dagegen eine interessante Bestimmung in Bezug auf die Stadtschüler, worin, um diese möglichst ganz am Spiele zu verhindern, verordnet ist, daß sie auch ihre Kleider, Bücher u. s. w. nicht sollten verspielen, sondern nur was sie an baarem Gelde — man mochte dergleichen wohl nur selten bei ihnen voraussetzen — bei sich führten. Die Verordnung lautet:

Swelich [3]) schuler spilt in der Tabern der sol niht mere mügen verlisen, denne er beraiter pfenninge bi im habe: Sein gewant. seine buch. oder ander seinev pfant sol im nieman nemen. swi vil er verlieset. damit wellen wir erweren daz nieman mit in spil. vnd irre lernunge dester vleissiger werden. Swer ir pfant darüber nimt. der sol der rihter büzzen. also daz er in gebe zwai pfunt. vnd an die stat zwai pfunt.

Die alten augsburger Statuten verbieten aber schon jedes Spiel mit Unmündigen:

Es [4]) en soll kein Kegler keinem Kind nit gestatten daz ze seinen tagen nit kommen ist, daß er ihm sin Pfenninge abgewinne oder ein gut. Thut er das darüber, was er Ihm denn abge-

---

1) Das älteste freiberger Stadtrecht, in Schott's Sammlung Bd. 3. S. 286. Vergl. auch die neuen freib. Statuten, Art. 84 und 271, b. Walch, Bd. 3. S. 193 u. 273.

2) Aelteste Stat. d. Stadt Regensburg v. 1320, in von Freyberg's Sammlung hist. Schrift. Bd. 5. H. 1. S. 16.

3) Alberti D. Austr. jura antiq. civit. Viennesi conf. a. 1296, §. 15, b. *Senkenberg* Visiones p. 283.

4) Alt augsb. Stadtr., a. a. O. Art. 207.

wunnen hat, das soll er Jhm widergeben vnd soll ihm der Vogt der Stat ze Besserung an den Schraiat heissen schlahen. Wer aber ze sinen tagen kommen ist, lat sich der äffen der hab den schaden.

Was [1]) davor geschrieben stat um die Kegler, daß soll auch steht seyn umb die Riemenstecher vnd umb die Heüffler.

Wenn wir also von den angeführten, besonderen, auf die Unmündigen sich beziehenden Bestimmungen absehen, so war eigentlich der Grundsatz, zu dem man gekommen war, daß Niemand mehr solle verspielen können, als er gerade bei sich führte, oder daß man, wie es spätere Statuten ausdrücken, nicht auf Borg sollte spielen dürfen. Ein Schritt weiter war es dann noch, daß auch die Selbsthülfe, die noch angewendet werden durfte, um den Spieler zur Bezahlung seiner Spielschuld mit dem, was er bei sich hatte, zu nöthigen, ebenfalls beseitigt wurde. Ausdrücklich finden wir dieses nur in dem memminger Stadtrecht (welches, wie das schon oben einmal angeführte regensburger, in Beziehung auf seine Grundsätze über das Spiel sonst schon auf einer spätern Entwicklungsstufe steht) ausgesprochen:

Es [2]) ist ouch mit namen gesetzt, das man nun für bas hie ze Memmingen niemant sol richten vmb kain spilgelt umb walgelt [3]), oder das en pfening verlieren mag, das darzu gehört vngevärlich vnd sol ouch niemant dem andern darumb pfand nemen, noch abziehen noch den selbschollen noch den geweren, noch den bürgen, den das ainer den andern gern vnd unbezwungentlich git, das mag er wol nemen an gevärd.

Die Beschränkungen des Spieles, so weit wir sie bisher kennen gelernt haben, haben sich, und zwar schon im Laufe des 13. Jahrhunderts, in den Städten ausgebildet. Die Distinctionen setzen daher auch noch Landrecht und Stadtrecht bei diesem Gegenstand einander entgegen, doch haben die Grundsätze des letztern, wenn sie auch noch nicht zur Gemeingiltigkeit gelangt sind, bereits im 14. Jahrhundert im Landrechte Eingang gefunden. Der Glossator

---

1) Das. Art. 208; vergl. noch Art. 403.

2 Rechtsbuch der Stadt Memmingen v. 1396, Art. XXXIV. in von Freyberg's Sammlung, Bd. 5. S. 293.

3) Wälgeld so viel als Kugelgeld, was in andern Statuten vorkommt; man sagte: mit Kugeln wälen, s. Schmeller's baier. Wörterbuch.

des Sachsenspiegels commentirt denselben offenbar aus dem Stadtrecht[1]); doch weniger möchte ich mich darauf, als auf das Rechtsbuch des Königs Ludwig von Baiern berufen, welches keine Klage mehr wegen einer Spielschuld gestattet, ja dieselbe sogar verpönt und nur erlaubt den Spieler an seiner fahrenden Habe zu pfänden:

> Wer[2]) mit dem andern spilt oder chugelt oder dhains sölhen dings beginnt oder sein werer ist, oder porg wirt dann so vil alz er pey im verpfenden mag, daz man getreiben und getragen mag, daz sol vnschedlich sein; ez sol auch niemantz erben dhain spil erben: wer umb spil alz vorgeschrieben ist, ze chlag chümt, da sol der antwurter ledig sein, vnd der chlager dem gerichte püzzen mit zehen schilling pfenning.
>
> Ez süllen[3]) auch die amptlaeut nieman dhain spil mer verbieten, wann man mit ainem iglichem wol spilen mag alz vorgeschrieben ist, umb alz vil, alz er pey im verpfenden mag, daz man getreiben und getragen mag.

Die letzte Bestimmung scheint darauf hinzudeuten, daß auch wohl schon weitergehende Beschränkungen, gegen welche aber das Rechtsbuch sich hier noch erklärt, versucht worden sind. Die meisten der obigen Statuten sprechen fast immer von Doppelspiel, und es läßt sich auch nicht verkennen, daß man vorzüglich diejenigen Spiele vor Augen hatte, die des Gewinnes wegen betrieben wurden und die ihrer Beschaffenheit nach unter die Kategorie unserer Hazardspiele fallen; allein zu einer Unterscheidung von verschiedenen Spielen hat dieses noch nicht geführt; bei keinem Spiel sollte man mehr verlieren, als man bei sich hatte, und es fand also niemals eine Klage Statt. Es scheint selbst, als hätte man Doppeln in einem weitern Sinn für spielen überhaupt gebraucht.

---

1) S. oben S. 150.

2) Rechtsb. K. Ludwigs v. Baiern v. 1346, Art. 272. in von Freyberg's Sammlung, Bd. 4. S. 478.

3) Daselbst Art. 273. Vergl. noch Art. 271, 274. Das Recht der Stadt Freysing v. 1359, in von Freyberg's Sammlung, Bd. 5. S. 218 u. 219, stimmt fast wörtlich mit d. Art. 271—275 in Ludwig's v. Baiern Rechtsb. überein.

II. Entwicklung der Unterscheidung zwischen erlaubten und verbotenen oder strafbaren Spielen, als Grundlage der jetzt geltenden Rechtsansicht.

Immer bestimmter bildete sich und zwar auch zunächst wieder in den Städten, wohl zum Theil veranlaßt durch die wirklich oder vermeintlich oftmals dabei vorgekommenen Unredlichkeiten, eine dem Spiele ungünstige Ansicht aus, welche zu einer strengen Gesetzgebung in Betreff desselben führte. Wie man über das Spiel zu denken anfing, ergibt eine Aeußerung der Glosse zum sächsischen Landrecht (III. 6.): „Wiß aber erstlich, daß ein Spieler viel erger ist als ein Räuber; dann indem er mit einem spielet, könnte er es ihm abwünschen, so thet er es lieber, dann daß er es ihm abgewinnen soll.“ Das alte culmer sagt [1]): Doppelspiel sei „ein Spiel von Muthwillen“, bei welchem sich ein Jeder „vor Trug zu hüten“ hat; „wenn sich ein Mann, der zu seinen Jahren gekommen, beim Kegel und andern Spiel äffen läßt, so habe er den Schaden“, heißt es im alten augsburger Stadtrecht [2]). Aus dem Allen geht hervor, daß man eine leidenschaftliche Gewinnsucht, die selbst unredliche Mittel, um zum Zweck zu gelangen, nicht verschmähte, bei den eigentlichen Spielern voraussetzte. — Bei der größern Rohheit der Sitten, scheint das Spiel nicht nur mit aller der, für Moralität und Wohlstand verderblichen Leidenschaftlichkeit betrieben worden zu sein, wie es auch mitunter bei uns der Fall ist, sondern sehr häufig zu den wildesten Scenen und blutigen Auftritten Veranlassung gegeben zu haben. Es wird berichtet, daß gegen Ende des 15. Jahrhunderts das Stadtgericht zu Ulm vollauf zu thun hatte, um die bei dem Spiel durch Gewaltthätigkeiten entstandenen Händel zu schlichten [3]), und mehrfach ist selbst noch in Statuten des 17. Jahrhunderts davon die Rede, daß das Spielen oftmals zu Zank, Schlägerei, Mord und Todschlag führe. Dabei scheint die Spielsucht sehr weit verbreitet gewesen zu sein, und besonders im 14. und 15. Jahrhundert in manchen Städten sehr überhand genommen zu haben. So erzählt Jäger in seiner Geschichte von Ulm: „daß auch das weibliche Geschlecht seine Kart=

---

1) S. oben S. 149, Note 3.
2) S. oben S. 152, Note 4.
3) Jäger, Ulms Verfassung u. s. w. in M. A. Stuttg. 1831, S. 542.

höfe hielt. Man suchte oft Unmündige in Spielgesellschaften zu ziehen, daher der Rath verbieten mußte, eines biderben Mannes Kind auf Spiel etwas zu leihen oder ihm etwas abzugewinnen, bei Verlust des Dargeliehenen, Abgenommenen oder anderweitiger Strafe. Besonders waren auch die Frauenhäuser fruchtbare Pflegschulen für diese Leidenschaft; Söhne ehrbarer Eltern wurden dahin gelockt, ihnen das Ihrige abgenommen und sie noch dazu verleitet, ihren Eltern zu verschleppen, wessen sie habhaft werden konnten, daher es 1410 dem Frauenwirth in seinen Eid gegeben wurde, alle die, welche junge Leute zum Spiel verlocken würden, zu rügen'' [1]). Ein anderer Autor [2]) berichtet, daß in Frankfurt am M. der Rath selbst, um Unterschleif zu vermeiden, die Würfel, die häufiger als Karten gebraucht wurden, selbst verkaufte, und daß in manchen Messen, z. B. 1432, mehr als 8000 Stück abgesetzt wurden. Die Erlaubniß zum Spiel wurde an einem Unternehmer verpachtet; eines der Spielhäuser, der Heißenstein genannt, trug im Anfang des 15. Jahrh. 400 Goldgulden jede Messe ein. Auch in Arnheim verpachtete man schon im 14. Jahrh. Spielhäuser [3]).

Also schon damals benutzte man das Spiel als ein Mittel zur Vermehrung der öffentlichen Einkünfte, privilegirte es, während man zugleich von der Erkenntniß geleitet, daß es ,,zu allen möglichen Unfuhr, zum Verderben von Kindern führe'' [4]), dem Berufe einer christlichen Obrigkeit folgend, Strafgesetze gegen das Spielen erließ. — In den italienischen Städten, welche in mannigfachen Beziehungen den deutschen in der Entwicklung vorangegangen waren, hatte man schon im 13. Jahrhundert vielfach das Spielen durch Spielverbote und Strafsatzungen noch mehr zu beschränken gesucht [5]). Ein Gleiches scheint auch schon damals in den niederländischen Städten, die den italienischen in vielfacher Hinsicht gleichstanden, der Fall gewesen zu sein. [6]). In Deutschland fing erst mit

---

1) A. a. O. S. 539.

2) Kirchner, Geschichte d. Stadt Frankf. a. M. Bd. 1. S. 588.

3) Hüllmann, Städtewesen im M.-A. Bd. 4. S. 251.

4) S. Jäger a. a. O. S. 540.

5) Mehrere Nachweisungen b. Hüllmann a. a. O. S. 247 ff.

6) Es deutet darauf wenigstens ein Spielverbot in der Keure des Landes von Furnes vom J. 1240 §. 45. (b. Warnkönig, flandrische Rechtsgesch. Bd. 2. Abth. 2. Urkundenb. S. 77). Protracti de ludo talorum

dem 14. Jahrhundert die Gesetzgebung allmälig an diese Richtung zu nehmen, während man es nicht nur noch vielfach bei der Unklagbarkeit der Spielschulden bewenden ließ, sondern mancher Orten sogar noch der Spielvertrag als eine vollkommen zu Recht bestehende Verbindlichkeit angesehen wurde. So wiederholen z. B. die hamburger Statuten von 1497 [1]), was in denen von 1270 darüber festgesetzt ist, und ein Gleiches ist mit dem lübeckischen Stadtrecht der Fall [2]), in dessen mannigfachen Recensionen gar keine besondern Bestimmungen über das Spiel vorkommen, deren sonst die meisten und selbst kleinerer Städte enthalten. Das älteste, mir bekannt gewordene Strafgesetz gegen das Spiel in einer deutschen Stadt ist im J. 1301 in Göttingen gegeben worden, es lautet:

> Item [3]) nullus tessarabit vel alium ludum exercebit cum qua pecunia perdi potest sub poena libere. — Item nemo debet ludere cum globis nisi pro tanta quantitate, ut in quantum tunc portare potest sub poena simili. Et qui permittitur hos ludos in domo sua exerceri, ita quod non accusat ludentes dabit libram, nisi excusat ignorantiam suam juramento, et debet abesse civitati instanter per dimidiam milliare ad quindenam, aut in domo sua manere tanto tempore, et non revertetur ad civitatem nec domum suam exibit, nisi talis pecunia ut premittitur primo sit persoluta.

Ziemlich von gleichem Alter mochte aber ein Spielverbot sein, welches sich in den ältesten bremer Statuten findet:

So [4]) welic borghere dobelet ofte hut seket ofte rikemaket [5])

XX solidos emendabunt comiti; sed licet cum tabulis et scaceis ludere. Protracti ex Houtchen (Hölzchen) emendabunt comiti tres libras; domus in qua luditur cum tabulis et Houtchen tres libras.

1) Hamburger Stadtrecht v. 1497, D. Art. 13. b. Anderson S. 467.

2) Das alte lübische Recht, herausgegeben v. Hach (Lübeck 1839), Codex III. Art. 398 a. E. S. 543. — Auch in Dreyer's Einleitung in die lübischen Verordnungen habe ich keine Nachweisung von Gesetzen, die sich auf das Spiel beziehen, gefunden.

3) Statuta Goetting. in *Puffendorf*, Obss. T. III. p. 192.

4) Statuten der Stadt Bremen v. 1303, Art. 12, in Oelrich's Sammlung der Gesetzbücher der Stadt Bremen S. 41. Vergl. Donandt, Geschichte des brem. Stadtrechts Bd. 2. S. 302.

5) Ueber die Bedeutung dieser Spiele: Gildemeister, im hanseat. Magazin Bd. 6. S. 306.

binnen wic belethe wert hes vortucht mit enem tughe the scal gheven ther stat teyn schilling unde wat he mit thesemen spele wunnen hevet vpme worstafle, mach spele we se wil.

Seit dem 14. Jahrh. werden nun die Spielverbote in Stadtgesetzen immer häufiger, und wurden an demselben Ort oftmals erneuet, geändert, geschärft und wohl zuweilen auch wieder gemildert. Ein Gleiches geschah dann, als die Landesregierungen seit dem 15. und 16. Jahrhundert mehr auf die Rechtsbildung einzuwirken anfingen, theils in den Landes- und Polizeiordnungen, theils in einzelnen, besonders zu dem Zweck ausgegangenen Verordnungen. Man findet die Spielgesetze besonders in Verbindung mit den damals häufigen Luxusgesetzen, wodurch der Kleiderpracht, der Schwelgerei u. s. w. bei Hochzeiten und Leichenschmäusen Einhalt gethan werden sollte. Während aber schon früher eine völlige Gleichheit der auf das Spiel anwendbaren Grundsätze nicht geherrscht hatte, so trat nun, als man das Spiel gleichsam in das Gebiet des Strafrechts hinüber gezogen hatte, eine um so größere Verschiedenheit, ein gewisses Schwanken hervor, indem es schien, daß man nicht immer die rechten Grenzen zu finden wußte und sich wohl durch zeitweilige Eindrücke und Umstände bestimmen ließ. Dennoch dürften sich die dabei leitenden Grundansichten mit ziemlicher Sicherheit herausfinden und feststellen lassen. Es ist hierbei aber Folgendes zu beachten:

1) Die Verbote und Strafgesetze waren zunächst gegen gewisse Arten von Spielen gerichtet, und zwar gegen das eigentliche Doppel- und Würfelspiel*) oder auch gegen andere Spiele, die diesen in der Weise gleichgeartet waren, daß sie unter der ersten Benennung, wo

*) Die casseler Statuten v. 1444 (in Kopp's Nachrichten von der Verfassung der Gerichte u. s. w. Bd. 1. St. 1. Beilagen S. 34) verbieten das Spielen mit Würfeln innerhalb und außerhalb der Stadt um Geld oder Geldeswerth bei Strafe von 2 Gulden und vierwöchentlicher Verweisung aus der Stadt; welche Strafe auch den treffen sollte, der dergleichen wissentlich in seinem Hause gestattet hatte. Statuten von Rügenwalde, von Alters her gehalten, 1609 aufgezeichnet (in Schott's Sammlung Th. 2. S. 75): Niemand soll dobbeln binnen und außerhalb der Stadt binnen der Stadt Gränzen; wäre es daß es geschehn — so soll man den Wirth pfänden auf 10 Mark, die Dobbler auch um 10 Mark, und das Geld darum gedobbelt soll verbrochen Gut sein. — Der Stadtdiener sollte davon die Hälfte für seine gute Aufsicht erhalten.

das Wort als Gattungsname vorkommt, mitbegriffen wurden. Diese übrigen verbotenen Spiele werden oft besonders benannt, zuweilen wurden sie ganz allgemein bezeichnet, wie in dem obigen göttinger Statut, worin das Würfelspiel „vel alium ludum, cum qua pecunia perdi potest,“ unter gleicher Strafe unbedingt verboten wurde, im Gegensatz zu dem Kugelspiel, worin man nur nicht mehr, als man zur Zeit bei sich führte, verspielen sollte. Daß nicht, wie die obigen Worte zu sagen scheinen, jedes Spiel um Geld gemeint gewesen sein kann, ist unzweifelhaft, und es bleibt mithin keine andere Deutung übrig, als darunter zu verstehen: jedes andere Spiel, wobei man leicht ein Beträchtliches an Geld verlieren kann, welches dem Wohlstand und der Sittlichkeit gefährlich wird. Dieses scheinen aber oftmals die sehr häufigen Bezeichnungen Spiele, „damit man den Pfening verlieren kann“, „das an den Pfening“, „an Gewinn und Verlust geht“, ausdrücken zu sollen. Z. B.

> (Von Doppelspele)[1]) Alle dy mit unß wonen, dy en schullen umme neyner hande Spel spelen, darmen Penninge mede gewynnen edir vorleysen möge. Wy dat deyde, dey scholde der stat eyn Punt geven vnd veyer Weken utewesen dey wyle her der Broke nichten geve, scholde hey der stat enbehren. — In welkeß Manneß huse dat geschęyge dey scholde der stat eyne Mark geven. — Wy ok jodet (? to seht) worman dopelet dey sal der stat eyne Margk geven. — Wy gelt nympt van den worpellen von dem lichte eder von dem disge, darmen dopelet, dey sal der stat eyn Punt geven. Welk unser Borger eynen dopeler herberget, wan den Borgern dat verboden wert, dy schal der stat eyn Punt geven. — Wy in einer andern stat in kumpanie seyte wat vp öne vellet, dat mach hey gelden, ut der hand en schal hey nicht quithen eder spelen.

So möchte auch wohl die Bestimmung in den Statuten von Budissin v. 1548 zu verstehen sein[2]), worin es heißt[3]):

---

1) Stadtrecht v. Duderstadt gegen Ende des 14. Jahrh., b. F. Wolf, Geschichte d. Stadt Duderstadt (Göttingen 1803), Urkundenb. S. 69.

2) Vgl. auch Willkür d. Stadt Heiligenstadt v. 1335, §. 28, b. F. Wolf, Geschichte von Heiligenstadt (Göttingen. 1800), Urkunden S. 8.

3) Schott, Sammlung Th. 2. S. 46.

Die Handspieler sollen nicht gelitten werden auf allerlei Spielen zu Gewinnst und Verlust, bei Verlust des aufgesetzten Geldes und gefänglicher Haft.

Besonders interessant und beachtenswerth ist aber, was die für die Spielgesetzgebung wichtige württemberger Landesordnung bestimmt:

„Vom Spilen [1]), ordnen und setzen wir daß hinführo keine unsere Unterthanen, einig Bock, Kauff, Mumspiel, noch sonst einiche andere dreinschlachende, wachsende oder schädliche Spil, wie die namen haben mögen, mit Würffel, Karten, noch andere weder umb wenig oder vil, thun sollen. Welcher aber diß unser Gebott übertretten vnd nit halten vnd diß unsere Amtleute angetragen wurde, die sollen den Uebertretter fängklich annemen, in Thurn an Boden legen vnd drey tag vnd nacht mit wasser vnd Brod gespeißt büßen lassen."

2) Andere Gesetze verbieten, ohne daß eine besondere Gattung von Spielen erwähnt wird, ganz allgemein das hohe Spielen; wobei freilich die Umgrenzung dieses relativen Begriffs sehr verschieden ist. Bereits im J. 1320 begegnen wir einer solchen Verordnung in dem Stadtrecht von Regensburg:

Mein [2]) herrn gebietent auch daz dehein burger sun noch anderz nieman der der stat hie angehöret einez tagez oder einez nachtez nicht mere verspilen schol dann ein pfunt, swer ez brichet, der muz der da gewunnen hat alz vil an die stat geben sain er vber daz pfunt gewunnen hat, der verleuset der muz auch zue seiner verluste alz vil geben alz er vber daz pfunt verloren hat, vnd der pfantnar auch alz vil alz er vber ein pfunt pfantnar gewesen ist, vnd der wirt auch alz vil in des hause daz spil geschehen ist.

Auch die ältern braunschweigischen Statuten, welche an einer Stelle die unbeschränkte Klagbarkeit der Schuld aus Doppelspiel annehmen [3]), enthalten an einer andern (V. §. 8—10), die offenbar jüngern Alters sein muß, ein ähnliches Verbot des hohen Spieles:

---

1) Des Fürstenthum Württemberg Landesordnung (erneuert u. gedruckt 1585), S. CCX.

2) In v. Freyberg's Sammlung Bd. 5. S. 16.

3) S. oben S. 148, Note 2.

Ase dicke [1]) eyn user borghere enes dagheș weder den anderen, eder weder manigheren man verdobbelet, eder vorwedbet boven vif schill. also manich punt scal he gheven. — Swe winnet boven vif schill. mit dobbelne eder mit wedbene, dat scal he dem Rade gheven, mochte he der broke nicht geven, eyn half jar scal he ut der stat wesen, de plichtenoten hebben dat silve recht. — Swe hemelliken dobelscole holt eder openbare, de scal gheven vif punt, mach he der nich gheven man scal ene vorvesten.

Die lüneburgischen Echtedings-Artikel, welche nach Puffendorf's Ansicht gegen Ende des 15. Jahrh. verfaßt sein sollen [2]), setzen: daß Niemand an einem Tage mehr verspielen soll als eine Mark, bei Strafe von 10 Mark, die auch der zu entrichten hat, der sein Haus dazu hergegeben; nach dem neuern freibergischen Stadtrecht (Art. 86, 87) [3]) soll Niemand an einem Tage mehr verspielen oder gewinnen als 5 Schilling Pfennige (3 gl. 5 Pf.) und so viel als er darüber gewinnt oder verspielt soll er (wohl außer dem gewonnenen Gelde selbst) der Stadt als Brüche bezahlen, der Wirth aber, der dergleichen in seinem Hause geduldet und nicht angezeigt hat, muß 10 Schillinge Strafgeld erlegen. Unter den Landesgesetzen ist hier aber besonders ein Edict des Kurfürsten von Brandenburg, Joachim's II., gegen das hohe Spielen v. J. 1565, welches zugleich die Gründe der Gesetzgebung entwickelt, hervorzuheben.

„Als sich [4]) dann auch in unserm Lande zeithero große ungewöhnlich Spiele zugetragen, und zu besorgen, daß wenn denselben länger nach gesehen, daß dadurch mancher etwa in seiner Jugend oder beim Trunke umb Trewen und Glauben, auch alle seine Wohlfarth kombt oder sich hernach zu Ersetzunge des gethanen Verlustes des Wuchers und anderer unchristlicher unehrbarer Händel umb so viel desto mehr zu befleißigen möchte ursache nehmen, und die **Spiele nicht zu solchem unbilligen Gewinnste, sondern zu ehrlicher Ergetzlichkeit erfunden.** Auch in solchen Uebermaaß in des hei-

---

1) Bei Leibnitz, Scriptt. R. Brunsew. T. III. p. 445.
2) S. *Puffendorf*, Obss. T. II. Append. p. 190.
3) Bei Walch, B. 3. S. 193.
4) S. *Scheplitz*, Consuet. Brandenb. p. 348.

ligen Reiches Rechten und Ordnung zum höchsten verbothen seyen, So ordnen und wollen hiemit, daß hinführo in unseren Landen keiner über 300 Gulden an baarem Gelde oder auf Kreide verspielen soll, würden wir aber erfahren daß Jemand sich darüber zu spielen einließe, so soll uns die Uebermasse des vorspielten Geldes verfallen, und der so es gewonnen, uns noch einmal so viel zur Strafe zu geben schuldig sein u. s. f."

In einem ausführlichen Sittenmandat der Stadt Basel, welches Ochs [1]) gegen das Ende des 15. Jahrh. setzt, findet sich auch folgende Verordnung, wodurch gewisse gefährliche Spiele sowohl wie das hohe Spielen verboten wird:

„Weder in der Stadt noch außer derselben in drei Meilen Weges scheibenweise soll ganz keinerlei Würfelspiel weder Luschlis, Passen, Kouffen noch andere dergleichen grobe Spiele getrieben werden, ausgenommen im Brett, doch mehr um Kurzweil als um Gewinn, für ein Urtin (Zeche) oder dergleichen und nicht über 2 ß. ein Spiel. Keiner soll Borken, in die Karten schlagen, noch andere dergleichen grobe Spiele thun, als Mutten, zur offnen oder heimlichen Rusch, zen Augen, noch zen Pfunden. Wohl mag einer schlechtlich karten, als im Thurm, Quantzlis, Eins und Hundert, und dergleichen machen und thun nicht aber über 2 ß. ein Spiel. Davon sind ausgenommen unsere Herren von der hohen Stube, als daß sie auch, wie diejenigen, die zu ihnen kommen, als Ritter und Knechte und ihre und derselben Diener, unter sich wohl spielen mögen, wie das von Alter Herkomen ist, sonst aber keiner unsrer Bürger noch jemand anders u. s. w."

3) Zuweilen ist es aber auch für strafbar erklärt auf Borg zu spielen, ohne Rücksicht auf die Größe der Summe und die Gattung des Spieles. So soll nach dem mitgetheilten göttinger Statut für das sonst erlaubte Kugelspiel, in solchem Fall eben so viel zur Strafe entrichtet werden, als wenn man ein an sich unerlaubtes Spiel getrieben hätte; die württemberger Landesordnung [2]) sieht bei den verbotenen schädlichen Spielen die häufige Wiederholung und „insonderheit das auf Borg spielen", welches „ganz

1) Ochs, Geschichte v. Basel, Bd. 5. S. 188.
2) S. oben S. 160, Note 1.

und gar vermitten werden soll", als erschwerenden Umstand an, so daß bei dessen Eintritt der Uebertreter, abgesehen davon, daß seine Forderung nichtig ist, „an Leib und Gut unnachläßsig gestraft werden soll." Die querfurter Statuten v. 1656 [1]) wollen das hohe Spiel (mit Groschen, Schreckenbergern, halben und ganzen Thalern) und „das Spiel auf Kreiden und Kleidern", bei des Rathes willkürlicher Strafe ganz abgeschafft wissen.

Ein alt-württembergisches Statut: Gerichtsordnung und Gebrauch bei dem Gotteshaus Adelberg v. J. 1512 [2]) faßt alle diese drei verschiedenen Arten von Spielverboten, wie wir sie bisher kennen gelernt haben, zusammen:

Item ob einer spihlen wolt, das auch an keinem andern orth dann in einem offenen Würthshaus geschehen soll, kein gefährlich oder schädlich spihl thun, auch nicht hoher dann umb ein Pfening, soll auch kein falsch spihl brauchen oder den Andern ob dem Spihl unrecht thun, auch nit auf Borg oder an kein kreiden spihlen, dann das Alles ist verboten bei einer Mittel Frevel u. s. w.

Das Spiel auf Borg war indeß nicht so allgemein als strafbar erklärt, wie dieses bei den an sich schädlichen und gefährlichen Spielen der Fall war, wenngleich nach der Ansicht, die sich bereits früher gebildet hatte, wenn auf Borg gespielt war, die Schuld nicht eingeklagt werden konnte und der Gewinner auch nicht anderweitig sich bezahlt machen durfte. Das Erstere ist denn auch in §. 211 der Reuter und Fußknechtsbestallung von 1570, der einzigen reichsgesetzlichen Bestimmung über das Spiel, ausgesprochen:

„Es soll — keiner dem andern auff dem Spiel aufschlagen, noch weiter, dann er baar Geld hat, spielen, wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, solle ihm der Andre nichts darumb zu zahlen schuldig sein."

4) Nur als eine sehr ausnahmsweise weitergehende Beschränkung des Spieles ist es aber anzusehen, wenn jedes Spiel um Geld verpönt war, wie es z. B. 1479 in Ulm geschehen sein soll [3]) und im lüneburger Stadtrecht v. 1679 stattfand, welches (Th. 8, Tit. 44)

1) Schott, Sammlung, Bd. 2. S. 163.
2) Reyscher, Sammlung altwürttemb. Statutarrechte, Bd. 1. S. 13.
3) Jäger a. a. O. S. 542.

verordnete [1]): „daß Niemand Doppelspiel oder ander Spiel um Geld, bei einer Strafe von 10 Mark, üben sollte". Die lüneburgischen Echtedingsartikel aus dem 15. Jahrhundert haben die gleiche Strafe nur für den Fall angeordnet, wenn Jemand an einem Tage über eine Mark verspielte, und die im 13. Jahrhundert verfaßten Statuten gestatten noch, sich die Klage auf die Spielschuld durch Festhalten des Spielers zu sichern. Hierdurch wird der Gang der deutschen Spielgesetzgebung recht deutlich.

Wo aber, wie es gemeinhin der Fall war, ein solches allgemeines Spielverbot (dessen Wirkung auch meist nur vorübergehend blieb) nicht vorhanden war, da war nun durch den Gang der deutschen Rechtsentwicklung ein Unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Spielen begründet. So setzt schon das oben angeführte [2]) memminger Stadtrecht von 1396 Beides einander ausdrücklich entgegen, denn nachdem es von der Unklagbarkeit der Spielschuld gehandelt, fährt es fort:

> „Wer auch ichtzit gewint mit spilunt oder mit walunt, oder das dem gleich ist, das verboten wirt, vnd zuo den ziten, so es verboten ist, der muß den gewinn halben an die stat geben und dennoch beßrun wie daruff gesetzt ist."

Man hat dabei aber nicht sowohl an die verschiedenen civilrechtlichen, als vielmehr strafrechtlichen Wirkungen zu denken. Erlaubtes Spiel ist dasjenige, bei dessen Betreibung weder die Spieler noch die Beförderer des Spiels in Strafe verfielen, aber das etwa Gewonnene nicht einklagen noch auf andere Weise sich dessen Bezahlung sichern konnten, da sich schon, ehe man zwischen erlaubten und verbotenen Spielen zu unterscheiden angefangen, der allgemeine Grundsatz gebildet hatte, daß wegen einer Spielschuld keine Klage stattfinde und daß man sich auch nicht die Bezahlung derselben (wie es früher der Fall) durch Festhalten der Spieler, Pfändung, Nöthigung zur Bürgschaftsstellung u. s. w. zu verschaffen suchen durfte. Daran ist in der Folge durch das Hinzukommen von Spielverboten nichts geändert worden; es ist vielmehr in manchen Gesetzen bei Aufstellung der Strafbestimmungen noch ausdrücklich die Unklag-

---

1) S. *Puffendorf* Obss. IV. p. 791. Dieser Artikel findet sich auch in der lauenburgischen Niedergerichtsordnung wieder. S. Puffendorf III. p. 373.

2) S. oben S. 153, Note 2.

barkeit ausgesprochen und gleichsam bestätigt worden [1]). Das Spiel war mithin nach der Gestalt, welche das deutsche Recht allmälig gewonnen hatte, niemals klagbar, in gewissen Fällen strafbar. Die Unklagbarkeit des Spieles überhaupt war aber, wie die spätere Festsetzung von Strafen für besondere Fälle, eigentlich eine polizeiliche Maßregel, durch welche die Gefahr, welche das übermäßige Spielen der Sittlichkeit und dem Wohlstande brachte, möglichst abgewendet werden sollte. — Die deutsche Gesetzgebung wurde daher nicht von der Ansicht geleitet, daß das Spiel überhaupt unzulässig sei, und ebenso wenig verhielt sie sich dagegen indifferent, sie bezweckte vielmehr, das Spiel innerhalb seiner natürlichen Schranken zu halten. Dieses fand aber Statt, wenn das Spiel der Unterhaltung wegen, nicht aus gewinnsüchtiger Absicht betrieben wurde. Schon in dem Rechtsbuch der Stadt Freysingen v. 1359 heißt es:

> „Das [2]) ist darum erfunden, daz die wirt den gesten nicht angewinnen sullen, ez sey dan umb ain zech, die er mit im umb kurzweilt."

In dem Stadtrecht von Zittau von 1567:

> „Es soll auch niemand in seinem Hause gros Spiel zu Gewin und Verlust heimlich noch offentlich hegen noch gestatten, bei Straff — — umb Kurzweil willen um ein Gröschel zu spielen kann ehrlichen Bürgern — wohl vergunst und zugelassen werden."

Am deutlichsten ist aber die deutsche Ansicht in der angeführten [3]) Constitution des Kurfürsten Joachim II. von Brandenburg ausgesprochen: „Es seien die Spiele nicht zu solchen unbilligen Gewinnst, sondern zu einer ehrlichen Ergetzlichkeit erfunden." — Aehnlichen Aussprüchen werden wir auch in spätern Quellen begegnen.

---

1) Regensburger Stadtrecht v. 1320 (vergl. oben S. 160, N. 2) a. a. O. S. 79. „Man richt auch vmb Spiltgelt, umb chugelgelt, umb wetten, umb überwetten nicht." Memminger Stadtrecht s. oben S. 153. Württemb. Landesord. von 1495 (oben S. 160, Note 1): „insonderheit was auf Borg verspilt oder auff Spil geliehen würdt, kein Gericht darauf erkennen, auch die Amptleute hierumb keine Bezahlung gestatten sollen."

2) S. oben S. 154, Note 3.

3) S. oben S. 161, Note 4.

Um das Spiel in diesen seinen angemessenen Grenzen zu halten, um zu verhindern, daß der unglückliche Spieler nicht etwa leichtsinnig große Summen, deren Bedeutung er vielleicht im Augenblicke der Leidenschaft, wenn sie nicht einmal durch seine Hand gingen, richtig zu ermessen im Stande war, oder wohl gar Haus und Hof auf die Karte oder den Fall der Würfel setze, stellte man den Grundsatz auf, daß niemals mehr, als man bei sich führte, verspielt und, wenn es geschehen, die Forderung von keinem Bestand sein sollte. Allein da man dieses wohl nicht hinreichend fand, um das für den Wohlstand und Sittlichkeit gefährliche Spiel zu verhindern, da man sich ja vor Anfang des Spieles mit großen Summen versehen konnte, so suchte man diesem nun durch Straffatzungen zu begegnen, welche theils gegen jedes hohe Spiel gerichtet waren, theils aber besonders gegen gewisse „gefährliche," „schädliche," „wachsende" Spiele, die ihrer ganzen Einrichtung nach darauf berechnet waren, die Gewinnsucht zu reizen. Es war im Ganzen bei Verboten der letztern Art aber weniger auf die Unterdrückung gewisser Spielarten, oder etwa Begünstigung anderer abgesehen, als man vielmehr nur das gefährliche Spielen, das Spielen aus gewinnsüchtiger Absicht, nicht der bloßen Unterhaltung wegen verhindern wollte. Und dieses ist das Hauptprincip, welches dem deutschen Rechte zu Grunde liegt, und das man nur, wie unten gezeigt werden soll, durch das römische Recht verleitet, verkannt hat.

Diese deutschen Rechtsgrundsätze, wie sie sich im 14. und 15. Jahrhundert immer vollständiger entwickelt und weiter verbreitet haben, wird man dann auch noch in den Territorialgesetzgebungen, als das römische Recht bereits seine Herrschaft in Deutschland befestigt hatte, wiederfinden. Eine brandenburgische Constitution und einige Statuten aus dem 16. Jahrhundert sind bereits oben angeführt worden. Das baiersche Landrecht von 1616*), welches ausführlich vom Spiele handelt, stellt den Grundsatz auf, daß nur das Spiel, welches „von keines besondern Gewinns, allein um Kürzweil willen, ziemblichermaßen" nicht an heimlichen und ungewöhnlichen Orten, nicht zur Nachtzeit und während des

*) Landrecht, Polizei-, Gerichts-, Malefiz- und andere Ordnungen der Fürstenthümer Ober- und Niederbaiern. München 1616.

Gottesdienstes, getrieben werde, „doch so, daß man um baar Geld, ohne alles Uebermaß und nicht auf Borg spiele" — als erlaubt anzusehen sei [1]). Diejenigen, welche aber unziemliche und unmäßige Spiele treiben oder in ihren Häusern duldeten, sollten nach Größe und Gelegenheit ihres Verbrechens gestraft werden [2]). „Was aber unziemliche und unmäßige Spiele sind — sagt das Gesetz [3]) — kann nicht nach einer festen Regel bestimmt werden, sondern steht nach Gestalt der Personen, ihres Reichthumes und Standes und nach Beschaffenheit des Spieles in des Richters Erkenntniß und Ermessen." — „Spielt einer mit dem andern auf Borg, mit Karten, Würfel oder in anderer Weise, so soll er oder seine Erben, das was geborgt worden, zu zahlen nicht schuldig und, wenn Bürgen gestellt, die Bürgschaft nichtig sein, so wie auch, was zum Spiel angeliehen war, nicht zurückgefordert werden konnte" [4]). Für Landleute und Handwerker war noch besonders bestimmt, daß sie nur an Sonn- und Feiertagen nach dem Gottesdienst und an einem solchen Tag nicht über 9 Kreuzer mit Spiel oder Kegeln verlieren sollten [5]).

Wiewohl diese Verordnungen damit eingeleitet werden, daß das ungebührliche Spielen nach geistlichen und weltlichen Rechten verboten sei, so zeigt sich noch nicht die geringste Einwirkung der fremden recipirten Rechte. Aber auch da, wo in den Territorialgesetzgebungen eine Berücksichtigung des römischen Rechts hervortritt, bleiben sie dennoch oft im Wesentlichen bei den deutschen Rechtsgrundsätzen stehen, oder kehren wohl gar wieder zu denselben zurück, wie dieses namentlich in der sächsischen Spielgesetzgebung, die schon wegen des doctrinellen Einflusses und Ansehens des sächsischen Rechts besondere Berücksichtigung verdient, der Fall ist.

Die Landesordnung von 1555 [6]) erinnert nur daran, daß das Spielen und Doppeln, welches zu vielen Verbrechen führe und Manchen in's Verderben stürze, verboten sei, daher ein Jeder seine-

---

1) Landes- und Polizeiord. B. 5. T. 8. Art. 9. S. 699; vergl. mit Art. 1 und 2.

2) Das. Art. 8.

3) Landrecht t. XXXII. Art. 3. S. 332.

4) Das. Art. 2; vergl. mit Landes- und Polizeiord. a. a. O. Art. 3.

5) A. a. O. Art. 1, 3, 4.

6) Cod. August. Bd. 1. S. 58.

Hausleute davon abhalten, und die Wirthe, welche solches Spiel dulden und die Gäste (ohne daß sonst etwas Näheres angegeben wird) bestraft werden sollen.

In der Polizei- und Kleiderordnung v. 23. April 1612 [1]) zeigt sich aber nun ein eigenthümliches Gemisch von deutschen und römischen Rechtsansichten, denn nach einigen Einleitungsworten über die Verderblichkeit des vielfachen Doppeln und Spielens heißt es:

„Nun stellen wir zwar ludos honestos oder artis, welche *virtutis* vel ingenii excitandi causa in Rechten vergönnet, wenn nur dieselben nicht *quaestus et lucri gratia* instituirt, oder sonsten kein Betrug darunter, wie dann auch honestas sponsiones, die extra causam ludi geschehen, an seinem Ort. Allein die andern Spiele, so ludi fortunae, sowohl die, welche misti genannt werden, als da seynd Bretspiele, Karten u. dergleichen, sollen keinem, der unter 18 Jahre alt ist, verstattet, denen aber andere so weit nachgelassen werden, wann dieselben ohne Versäumung der Nahrung und zu einer Recreation geschehen, oder causa convivii um ein leidliches Geld zu einer Mahlzeit oder ehrlichen Zusammenkunft gespielet würden. Jedoch so, daß einer vom Adel auf einmal über einen Thaler, ein fürnehmer Mann, so bürgerlichen Standes ist, über 12 Groschen, und ein Handwerksmann über 4 Groschen, ein Bauer aber über einen Groschen nicht verspiele, solches auch in einem Monat über ein mal nicht geschehe, sintemahl ein jeder seine Nahrung mit fleißiger Arbeit nicht aber illicitis modis suchen soll" [2]).

Nachdem dieses Vorstehende fast wörtlich in der P.-O. v. 1661, Tit. 8, wiederholt worden [3]), erschien dann im J. 1766 am 20. December ein ausführliches Spielmandat [4]), dessen hier hervorzuhebende vorzüglichste Bestimmungen [5]) dahin gingen: 1) Aller Orten und Zeiten sollten, bei einer dort näher bestimmten Geld- oder Gefängnißstrafe für alle Spieler, die Wirthe, Förderer des Spiel, ver-

---

1) Cod. August. Bd. 1. S. 1473.

2) Es ist diese Verordnung fast ganz ebenso aufgenommen in der braunschweig-lüneb. P.-O. v. 1618, Cap. 40, im Corp. Const. Ducatus Luneb. Vol. III. p. 93.

3) Cod. August. Bd. 1. S. 1779.

4) Das. Fortsetz. Abth. 1. S. 917.

5) Vergl. Curtius, sächs. Civilrecht, §. 1554—1557, Bd. 4. S. 271 ff.

boten sein alle Hazardspiele mit Karten, Würfeln oder wie sie sonst erfunden werden, und die Wetten darüber. Als das charakterische Merkmal der Hazardspiele, deren mehrere beispielsweise aufgezählt werden, wird angegeben, daß „sie von Glück und Zufall hauptsächlich abhängen". Von sogenannten gemischten Spielen neben den Glücksspielen, wie in der Polizeiordnung, ist nicht weiter die Rede, dagegen ist aber das Verbot der letztern hier ein durchaus unbedingtes, so daß Zweck des Spiels und die Summe, um welche gespielt wurde, weiter nicht in Betracht kam*). 2) Alle andern Spiele, welche den verbotenen Hazardspielen nicht gleich kommen, sollten, wenn sie mäßig gespielt werden, unverwehrt, das hohe Spielen aber keineswegs gestattet sein, die Obrigkeit sollte vielmehr demselben ernstlich Einhalt thun und nach Beschaffenheit der Umstände mit Geld und Gefängnißstrafe ahnden. — Die Bestimmung dessen, was hohes Spiel sei, und der Strafe scheint von jetzt ganz dem Ermessen des Richters überlassen gewesen sein. 3) Untersagt das Mandat alles Spielen auf Credit oder Borg, erklärt aber, daß darunter nicht zu verstehen sei „wenn Jemand bei unverbotenen Spielen eine geringe Summe schuldig bleibt und solche nachhero freiwillig bezahlt." Eine Strafe ist hier aber nicht bestimmt, sondern nur die Ungiltigkeit aller und jeder Spielschuld festgesetzt, so daß also nicht nur keine Klage darauf stattfindet, sondern das später Nachgezahlte auch zurückgefordert werden kann. — Alles, was das Mandat nun ferner enthält, bezweckt, die Umgehung dieser letztern Anordnung zu verhindern, und bezieht sich besonders auf die wegen einer Spielschuld ausgestellten Obligationen und Wechsel.

Es scheinen mir diese sächsischen Gesetze namentlich zu zeigen, wie man bei dem Streben, sich dem römischen Rechte anzuschließen, welches sich namentlich in der Polizeiordnung von 1612 zeigt, dennoch eigentlich der herkömmlichen deutschen Ansicht getreu blieb, dabei aber in einen Conflict gerathen war, in dem man sich nicht recht zu helfen wußte; das Mandat hat die römische Färbung der Polizeiordnung fast ganz wieder aufgegeben und ist seinem Hauptinhalt

---

*) Ueber die Abweichungen des Spielmandats von der Polizeiordnung s. Klien: Ueber die Spielverbote in Sachsen, in Zachariä's Annalen der Gesetzgebung, Bd. 2. S. 159 ff.

nach zum deutschen Recht zurückgekehrt. — Wir wollen nun im Folgenden das Verhältniß des römischen Rechts zum deutschen in Beziehung auf das Spiel, den Einfluß, den es auf die Gestaltung der bei uns geltenden Rechtsansichten erlangt hat, näher betrachten.

C. Verhältniß der römischen Rechtsgrundsätze über das Spiel zum ältern und jetzt geltenden deutschen Recht.

1) Die römischen Rechtsgrundsätze.

Ob das römische Recht anfangs einen ähnlichen Entwicklungsgang genommen hat wie das deutsche, und allmälig zu strengern Grundsätzen über das Spiel übergegangen ist, läßt sich nach den uns erhaltenen Nachrichten nicht mehr bestimmen, doch werden in den Pandekten mehrere Senatsbeschlüsse genannt [1]), welche darauf hindeuten, daß das Spiel wiederholt ein Gegenstand der Gesetzgebung gewesen. Man war dann dahin gekommen, jedes Spiel um Geld für unerlaubt zu erklären [2]), und machte nur eine Ausnahme rücksichtlich der Spiele, welche zur körperlichen Uebung und zum Kriegsdienst zu ertüchtigen dienten. Aus einer Stelle des Cicero ersieht man, daß wegen der unerlaubten Spiele ein publicum judicium Statt fand [3]); die Pandekten aber enthalten nichts über die direct gegen das Spiel gerichteten Strafgebote, sondern theilen nur einige Bestimmungen des prätorischen Edicts mit, welche mehr auf indirectem Wege das verbotene Spiel verhindern sollten. Es waren nämlich diejenigen, die ihre Wohnungen zum Spiele hergegeben hatten, gewissermaßen für rechtlos erklärt, so daß sie wegen körperlicher Mißhandlung, wo und zu welcher Zeit sie ihnen auch zugefügt sein mochte, und wegen Diebstähle, die, während bei ihnen gespielt wurde, verübt worden waren, nicht sollten klagen können [4]). Eine Geld- oder andere, den Umständen

---

1) L. 2. §. 1. L. 3. D. de aleatorib. XI. 5.

2) L. 2. §. 1. cit. Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere etc.

3) *Cic.* Orat. Philipp. II. 23. Hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege, quae est de alea, condemnatum.

4) L. 1. D. h. t. Die susceptores, wie solche Wirthe auch bezeichnet wurden, sind wohl Personen, die ein Gewerbe daraus machten, den Spielern eine Zuflucht zu gewähren, wenn sie auch nicht gerade selbst die Eigner

nach zu bestimmende Strafe sollte aber diejenigen treffen, welche Andere zum Spiel zu nöthigen suchen würden. — Justinian hat nun, um den Gefahren des Spieles und dem Mißbrauch desselben weiter zu begegnen, festgesetzt [1]), daß nur 5 zur Leibesübung dienende Spiele [2]), und zwar nur, wenn sie nicht höher als um einen Solidus gespielt würden, erlaubt sein sollten; jedes andere Spiel erklärte er für unerlaubt, jedoch so, daß keine Strafe eintreten [3]), das Verlorene aber sollte zurückgefordert werden können [4]), und zwar, wenn dieses nicht von dem Spieler selbst oder dessen Erben geschehe, sollte die Obrigkeit die Befugniß haben, das gewonnene Geld abzufordern und die Klage darauf erst in 50 Jahren verjähren. Auf dieses Zurückforderungsrecht, welches wohl dem ältern römischen Recht fremd war, hat Justinian, wie es scheint, ein vorzügliches Gewicht, als das zweckmäßigste Mittel zur Beschränkung des Spieles, gelegt. Außerdem hat er noch verordnet, daß die Häuser derer, welche gewisse verbotene Spiele duldeten, dem Fiscus verfallen sein sollten.

2) Die Anwendbarkeit der römischen Rechtsgrundsätze überhaupt.

In Beziehung auf die Anwendbarkeit dieser Grundsätze des

---

der Bank waren. Auch die ältern Interpreten des römischen Rechts (z. B. Azo in rubr. Cod. de relig. I. 3.) sind dieser Ansicht, durch welche die Gesetzgebung erst einigermaßen begreiflich wird.

1) C. 3. Cod. de aleat. III. 45.

2) Ueber dieselben hat sehr weitläufig gehandelt P. *de Ajala:* de aleatoribus in E. Ottonis Thes. T. IV. p. 914 sqq. in einer besonders in juristischer Beziehung eben so unbrauchbaren und inhaltlosen als unendlich ausgedehnten Abhandlung. Glück und Andere nennen nur diese besondere Abhandlung über das Spiel und lassen die ältern für die Auffassung des Rechtes bedeutendern von Stephanus Costa, Paris a Puteo, Baptista Cacialupi, welche im Volumen IV. Tractatuum (Lugduni 1549) fol. 189—207 gedruckt sind, ganz unerwähnt.

3) Ganz in Widerstreit mit den hier sehr klaren Quellen behauptet Henke, Criminalrecht Bd. III. S. 624, nach dem Pandektenrecht hätte keine Bestrafung der Spieler stattgefunden und erst die Constitutionen der byzant. Kaiser hätten Geldbußen für das Betreiben unerlaubter Spiele bestimmt.

4) Nulli liceat in publicis vel privatis domibus et locis ludere neque in genere neque in specie, et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur etc.

römischen Rechts, haben nun unsere Juristen zwei sehr verschiedene Ansichten aufgestellt. Einige derselben haben nämlich jene Anwendbarkeit gänzlich geläugnet, und behauptet, der Spielvertrag müsse, so weit nicht particularrechtliche Beschränkungen entgegenstehen, gemeinrechtlich als ein erlaubtes und vollkommen bindendes Rechtsgeschäft angesehen werden [1]). Zur Begründung berief man sich [2]) theils auf das Naturrecht, dem eine Beschränkung, sein Geld im Spiel zu wagen, widerstreite, theils auf deutsche Sitten und Rechtsansicht. Diese wurden dann immer nur aus der bekannten Aeußerung des Tacitus hergeleitet, und indem man von da sogleich einen Sprung in die neueste Zeit machte, aus einer Art stillschweigender Billigung der Regenten, indem ja selbst an Höfen im Beisein der Fürsten stark gespielt werde, der Staat ja sogar das Spiel zu einer Quelle des Einkommens mache, da er gestempelte Karten verkaufe, selbst Hazardspiele in Bädern privilegire, ja sogar bei den Lotterien und Lottos Bank halte und dabei selbst eine Art Bannrecht in Beziehung auf seine Unterthanen geltend mache [3]). — Daß eine gänzliche Unkenntniß der deutschen Rechtsgeschichte verleitet hat, der römischen eine angeblich ganz abweichende deut-

1) So behauptet z. B. Kreittmayr, Anm. z. Cod. Max. Th. 4. K. 12, §. 5. S. 619, daß das römische Recht in diesem Stück nicht recipirt sei, man vielmehr die Spielfreiheit, sowohl bei Glücks-, Kunst- als auch vermischten Spielen so weit beibehalten hat, als nicht hie und da die Statuten und Observanz derselben Ziel und Maß gesetzt. — Er führt auch als seine Gewährsmänner daselbst Engau, Estor, Lauterbach u. And. an; Stryk (us. mod. t. de aleatorib. §. 6), den er auch nennt, sagt aber: juste faciet judex, si juri scripto insistat. Voet (Comment. tit. de aleatorib. T. II. p. 708) geht freilich nicht so weit wie Kreittmayr u. And., sagt aber, daß das Odium gegen das Spiel jetzt nicht so groß sei als es bei den Römern der Fall war, und daher nicht dieselbe Strenge dagegen stattfindet. Wir werden sehen, mit welchem Recht sich das sagen läßt.

2) S. Glück, Commentar Bd. IX. S. 344.

3) Diese Gründe finden sich fast alle schon so bei Beyer (Delineatio Dig. tit. de Aleatoribus), wornach sie auch Leyser (Med. spec. 126. n. 3.) mittheilt und zugleich bemerkt: — aliquando stupra, adulteria, singularia certamina, blasphemiae tolerantur, atque ab ipso principe fiunt. Sed quis inde crimina ista civibus omnibus permitti et poenas in illa statutas abrogari, concludat. Sciunt omnes vulgare illud: non est spectandum, quid Romae fiat, sed quid fieri debebat. S. auch F. S. *Boehmer*, Obss. ad Carpzovii Pract. rer. Crim. III. 9. 134. obs. 2.

sche Rechtsansicht entgegenzustellen und die Anwendbarkeit des römischen Rechts mit so schwachen und vagen Argumenten zu bestreiten, dürfte jetzt klar genug sein. — Die Gegner haben sich nun aber auch nicht auf eine bessere Erkenntniß des deutschen Rechtes gestützt, sondern aus dem allgemeinen Grunde der Reception des römischen Rechts im Ganzen, auch die Gemeingiltigkeit der in demselben enthaltenen Grundsätze über das Spiel hergeleitet. Indem man sich aus einem so allgemeinen Grunde gegen „die Versuche, das römische Recht wegzuraisoniren" [1]), erklärte, hätte man folgerechter Weise eigentlich auch annehmen müssen, daß, wie es der Prätor vorgeschrieben, der, welcher in seiner Wohnung Spiele geduldet, straflos mißhandelt werden könne, wegen eines Diebstahls zur Zeit des Spiels ebenfalls nicht geklagt werden könne, und daß das Haus, worin vorzugsweise unerlaubte Spiele betrieben worden, confiscirt werden müsse. Meistentheils ist von allen diesen Vorschriften des römischen Rechts, die allerdings sich mit unsern Sitten nicht wollen gut vereinigen lassen, gar nicht die Rede, oder man beruft sich, wie gewöhnlich, wo es an einem weitern Grunde fehlt, auf eine entgegenstehende Praxis [2]). Es ist daher die Behauptung von der Anwendbarkeit des römischen Rechts vorzüglich 1) auf die Unterscheidung desselben zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen, 2) auf die Unklagbarkeit einer aus den letztern herrührenden Schuld, und 3) das Zurückforderungsrecht des gezahlten Gewinnstes zu beschränken, und 4) auch das Nichtforderungsrecht eines zum Spiel gemachten Darlehns zu beleuchten.

Wir müssen diese Sätze nun in ihrem Verhältniß zu den Rechtsgrundsätzen, die sich in Deutschland schon vor Einführung des römischen Rechtes gebildet hatten, etwas näher betrachten und sehen, wie die Juristen in dem Willen und den Glauben, rein römisches Recht zur Anwendung zu bringen, sie aufgefaßt haben.

a) Die Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen, nach römischer und heutiger Rechtsansicht.

Was die Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen betrifft, so war das Princip, welches sich in Deutschland

1) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 298, Not. 6.

2) *Groenewegen* de legib. abrog.: ad L. 1. D. tit. de aleatorib. *Voet*, Comm. h. t. T. II. p. 708.

hervorgebildet hatte: erlaubt sind die Spiele, die zu einer ehrlichen Ergötzlichkeit und zu Kurzweil, verboten, die in gewinnsüchtiger Absicht betrieben werden, daher der Regel nach gewisse Spiele, die ihrer ganzen Einrichtung nach darauf berechnet sind, dem letztern Zweck zu dienen und auch gewöhnlich dazu gebraucht werden, und alle hohen Spiele. — Das römische Recht dagegen sah alle Spiele um Geld als unerlaubt an, und machte nur eine Ausnahme in Bezug auf diejenigen Spiele, die zur Uebung kriegerischer Tugenden dienten (qui virtutis causa fiunt). — Die Juristen nun, die ein deutsches oder vielmehr germanisches Rechtsbewußtsein (denn es schreibt sich, was wir hier erwähnen wollen, schon aus den Zeiten der ältern italischen Juristenschulen her) mit zu dem römischen Recht herzubrachten, geben demselben die Deutung, es erlaube alle Spiele, die zur Uebung der Leibes- und Geisteskräfte[1]) dienten, dieses sei aber bei allen Spielen der Fall, deren Ausübung eine gewisse Kraftaufwendung und Fertigkeit, ein Erlernthaben der Sache und eine Anwendung dieser Kunst erfordern; diesen Spielen gegenüber stehen dann diejenigen, bei denen das nicht der Fall ist, bei welchen Glück oder Zufall lediglich entscheidet. Erlaubt also seien die Kunstspiele, unerlaubt die Glücksspiele. Indem man auf diese Weise dem römischen Recht eine Ansicht untergeschoben hatte, die demselben eigentlich fremd war, da es die sogenannten Kunstspiele, wenn sie nicht dem oben bezeichneten Zweck dienen, gar nicht vor den Glücksspielen begünstigte[2]), hatte man dasselbe dem, was im germanischen Europa bisher üblich war, näher gebracht, indem die gefährlichen schädlichen Spiele, gegen welche

---

1) *Steph. Costa* de ludo a. a. O. Art. 2, §. 24. — — nam ea quae sunt animi longe praeciosiora quam corporis. — Si ergo licitus ludus concernens virtutem corporis, ergo et virtutem animi concernens erit licitus.

2) Da diese Art des Verständnisses des römischen Rechts durchaus die herrschende geworden ist, in dem Just. Cod. sich aber nichts findet, was sich auf Uebung der Geisteskräfte deuten läßt, so hat man sich (s. Glück a. a. O. S. 327 und selbst Mühlenbruch Pand. §. 426) auf Seneca's Briefe berufen, wo vom Schachspiel: latrunculis ludere (epist. 106 u. 117) als einer erlaubten Handlung die Rede ist. Man hat aber übersehen, daß dort gar nicht gesagt ist, daß um Geld gespielt worden, was allein das Entscheidende ist, da nur *in pecuniam ludere* verboten war.

die deutschen Spielverbote oftmals vorzüglich gerichtet waren, ihrer Beschaffenheit nach meist Glücksspiele in diesem Sinne waren. Man fühlte aber schon früh, daß jene Eintheilung sich nicht streng durchführen lasse, weil auch bei Spielen, die eine gewisse Fertigkeit fordern, der Zufall mitwirkt, die Lenkung nur mehr oder minder von dem Spieler abhängt, und so hatte man denn schon in den italienischen Rechtsschulen, als eine Mittelclasse, die gemischten Spiele eingeschoben. Wir finden diese drei Classen bei den ältern Schriftstellern über das Spiel [1]), so wie beim Angelus Aretinus [2]) und andern italienischen Criminalisten [3]). In Deutschland haben sie namentlich die sächsischen Juristen aufgenommen [4]), und so fanden sie denn, wie es scheint, den Weg auch in die deutschen Gesetze. Mit den sogenannten gemischten Spielen, durch deren Einschieben man, wie es scheint, einer ungenügenden Eintheilung im Kunst- und Glückspiele nachhelfen wollte, fand man sich nun aber offenbar immer in einer gewissen Verlegenheit. Welche von den üblichen Spielen sollte man dahin rechnen, da die erforderliche Geschicklichkeit oft auf ein geringes Maß herabsinkt [5])? Es haben neuere

1) *Steph Costa*, De ludo art. 2, §. 1. (fol. 190.): Tres sunt ludi species — Quidam est ludus consistens in ingenio et in hoc solet connumerari ludus scachorum. Quidam consistens in fortuna et in hoc solet connumerari ludus azari et chartarum — Quidam est ludus partim dependens a fortuna partim ab ingenio qualis est ludus taxillorum s. tabularum cum taxillis, nam ibi dicitur in parte versari ingenium in locandis tabulis. — *Par. a Puteo* de Ludo §. 11. (fol. 197[b]): Triplex est ludorum maneries sc. solius fortune: et iste est prohibitus quia est stultum submittere se viribus fortune; est ludus qui consistit in peritia et industria s. in virtute vel in robore corporis et iste est permissus; mixtus autem ludus et tabularum et similium est prohibitus nisi pro convivio. *B. Cacialupi* de ludo §. 7: — Nam quidam ludus est meri ingenii ut ludus scachorum et similes, quidam fortune ut taxillorum, quidam mixtus tam ex fortuna quam ex ingenio procedens, ut est ludus alearum, minoreti, sbarraglini et similes.

2) Tractatus de maleficiis s. v. Mettidore de mali dati etc. (ed. Venetiis 1578 p. 146[b]).

3) J. B. *Julii Clari* recept. sentent. V. §. Ludus.

4) *Rauchbar*, Quaest. jur. civ. et Sax. P. II. quaest. 25. §. 1, 2, 22. So auch *Carpzov:* Practica rer. Crim. P. III. quaest. 134. §. 14.

5) Angelus Aretinus führt als Beispiel für die reinen Glücksspiele ludus taxillorum an und stimmt mit Cacialupi überein, während Costa

Schriftsteller nicht so ganz mit Unrecht bemerkt, daß das Glück allein, oder Geschicklichkeit allein bei keinem, oder nur sehr wenigen Spielen den Ausgang bestimme; bei den entschieden sogenannten Glücksspielen kommt, wenn wir auch die Wahrscheinlichkeitsberechnung nicht in Anschlag bringen wollen, doch gar viel auf die Ruhe des Spielers beim Pointiren an. Aber gesetzt, es sollte sich die Classification auch durchführen lassen, so entsteht die nicht geringe Verlegenheit, ob die gemischten Spiele den verbotenen gleichgestellt oder vielmehr den erlaubten zugerechnet werden sollen? Wiewohl die ältern Juristen die gemischten Spiele meist zu den verbotenen zählten, so ist doch auch schon eine andere Ansicht laut geworden [1]). Diese Unsicherheit ist denn auch in die deutschen Gesetze übergegangen. Nach der sächsischen P.=O. von 1612 werden die Glücksspiele und die gemischten gleichgestellt und bedingt erlaubt; das Spielmandat verbietet, ohne jene Eintheilung zu erwähnen, die Hazardspiele, welche es als solche charakterisirt, die hauptsächlich vom Glück und Zufall abhängen. . Klien [2]) aber erklärt sich, dieses Ausdruckes ungeachtet, dafür, daß die gemischten Spiele nicht darunter begriffen sind, weil sonst alle unsere Kartenspiele bei schwerer Strafe verboten wären; er hätte noch bemerken können, daß es durch den übrigen Inhalt des Mandats: vom Verbot der hohen Spiele und den Bestimmungen über das Spiel auf Borg, um so unwahrscheinlicher werde. In dem baierschen Gesetzbuch werden aber die gemischten Spiele bestimmt mit den Kunstspielen zusammengestellt [3]). Man hat von der dreitheiligen Eintheilung der Spiele mit-

---

es zu den gemischten zählt; als Beispiel für die gemischten nennt er ludi alearum et chartarum, welches letztere Costa wie das Hazardspiel für ein reines Glücksspiel hält. Julius Clarus rechnet zu den gemischten l. taxillorum, tabularum et chartarum; fast eben so Carpzov. Rauchbar zählt noch mehrere auf. Es bleiben auf diese Weise, wie man sieht, gar keine reinen Glücksspiele übrig, so daß die Unterscheidung zwischen Glücks- und gemischten Spielen ganz zwecklos wird. Zu den Kunstspielen rechnen diese Juristen dann, außer den im römischen Rechte angeführten und den Ritterspielen, das Schach.

1) Es wird dieses auch in den addit. zu *Bonifacius* de maleficiis. De ludo azardi et alearum bemerkt.

2) In Zachariä's Annalen a. a. O. S. oben S. 169, N. *).

3) Cod. Max. Bav. civ. Th. 4. K. 12. §. 5. So viel nun die bloßen Kunstspiele, z. B. Scheibenschießen, Ballhaus, Billard, Schach u.

hin keinen Gebrauch zu machen gewußt, weil sie jeder festen Grundlage ermangelte, aber nicht viel besser und brauchbarer, insofern darnach bestimmt werden soll, welche Spiele als erlaubt anzusehen sind, scheint mir die Unterscheidung von Glücks- und Kunstspielen zu sein. — Wenn bei einem kriegerischen, erobernden Volke des Alterthums von dem allgemeinen Verbot um Geld zu spielen, zu Gunsten der Spiele, die zur Uebung des Muthes und der Körperstärke dienten, eine Ausnahme gemacht wurde, so ist dabei Nichts, was den Ernst des Gesetzgebers und Richters beleidigte; wenn wir aber dieses nun nicht nur auf unsere Spiele, die eine gewisse körperliche Gewandheit fördern, etwa das Kegel-, Billardspiel, sondern, weil in unserm bürgerlichen Leben, die geistige Entwicklung der körperlichen gleich oder voranzustellen ist, auch auf unser Schach, L'Hombre, Whist, Boston u. a. dergl. Spiele ausdehnen wollen, und für sie als Mittel zur Ausbildung der Geisteskräfte, als Mithilfen zur Volkserziehung eine rechtliche Begünstigung in Anspruch nehmen wollen, so heißt das dem Rechte eine Schellenkappe aufsetzen. — Aber auch das Mißliche jener Eintheilung für die Rechtsanwendung hat sich schon längst fühlbar gemacht. Wohl in allen unseren Staaten existiren Verordnungen und Gesetze, wodurch insbesondere die sogenannten Hazardspiele bei oft nicht geringer Geld- oder Gefängnißstrafe verboten werden. Die Gesetze haben dann Hazardspiele selbst oft dahin erklärt, daß es Spiele sind, bei welchen Glück oder Zufall allein oder hauptsächlich (darüber ist man nicht ganz mit sich selbst einig gewesen) entscheide; wo dieses nicht geschehen, glaubte man nach einer verbreiteten Vorstellung, Beides für gleichbedeutend halten zu müssen. Aber welche Spiele sollte man nun zu den Hazardspielen rechnen? Man fand sich dabei so oft in Verlegenheit, daß man selbst da, wo die Gesetze Hazardspiele durch Glücksspiele erklärt haben, glaubte darauf kein Gewicht legen zu müssen, sondern „einen andern Begriff des Hazardspiels aus der Natur der Sache, den im Gesetz gegebenen Beispielen und dem klar

---

s. w., so wie auch die vermischten Spiele, z. B. L'Hombre, Piquet, Quadrille, Taroque, Trichaque und dergleichen betrifft, seynd dieselbe weder auf Borg noch baar Geld verboten, sondern was hierunter verspielt worden, das kann der verspielende Theil auf Begehren zu bezahlen so wenig weigern, als das Bezahlte wiederum zurückfordern u. s. w. Vergl. die ganz abweichenden Bestimmungen im Landrecht v. 1616, oben S. 166.

vorliegenden Zweck der Gesetzgeber ableiten zu müssen." Das hat denn namentlich auch Klien [1]), dem die angeführten Worte angehören, versucht und dann den Begriff dahin bestimmt: „es seien diejenigen Spiele, bei welchen irgend eine Bestimmung in der Höhe des auf das Spiel gesetzten Satzes nicht stattfindet, sondern dieser willkürlich bald größer bald geringer ist." Denn diese Spiele sind es vorzüglich, die die Gewinnsucht und die Leidenschaft entzünden.

Ohne, wie es scheint, den Aufsatz von Klien gekannt zu haben, hat ein anderer Autor [2]) das Hazardspiel eben so erklärt: „es sei gleichbedeutend mit gefährlichem Wagespiel, und zwar ein solches, bei welchem sich Gewinn und Verlust binnen einer bestimmten Zeit auch nicht mit Wahrscheinlichkeit berechnen läßt, weil entweder der Einsatz oder das Verstärken und Verdoppeln desselben bis in's Unendliche der Willkür des Spielers lediglich überlassen ist." — Nach den Irrfahrten, zu welchen man durch das Bestreben, die deutschen Rechtsansichten im römischen Rechte wiederzufinden, verleitet worden ist, sind also diejenigen, welche sich auf die Sache näher einzugehen veranlaßt sahen, ohne es zu wissen, zu dem zurückgekehrt, was schon ältere Gesetze und Statuten aufstellen, daß besonders die gefährlichen, wachsenden Spiele, ohne daß es einer genauern Erwägung bedarf, ob bei denselben das Glück allein entscheidet oder zugleich eine gewisse Geschicklichkeit mit dazu beiträgt, den Ausgang zu bestimmen, die vorzugsweise durch die Gesetzgebung zu beschränkenden Spiele sind. — Man verkannte auch nicht, daß die Gefährlichkeit eines Spieles nicht blos von dessen eigentlicher Beschaffenheit und Einrichtung, sondern auch von der Art und Weise, wie es betrieben wird, abhängt, und daher haben die Juristen auch da, wo das hohe Spielen nicht als unerlaubt erklärt oder den Hazardspielen völlig gleichgestellt ist, doch als von selbst sich verstehend angenommen, daß Spiele überhaupt nur unter der Voraussetzung, „daß sie nicht durch unverhältnißmäßig auf's Spiel gesetzte Summen zu Hazardspielen werden", als erlaubt betrachtet werden könnten [3]).

---

1) S. oben S. 169, Note *).

2) v. Hermensdorff: über Spielverbote bei den Deutschen und über den Begriff vom Hazardspiel; in Klein's Annalen d. Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten, Bd. 26. S. 233 ff.

3) v. Berg, Handbuch d. Polizeirechts, Bd. 2. S. 251. Kreittmayr, Comment. Bd. 4. S. 620.

Das ist dann aber wieder ziemlich gleichbedeutend damit, daß die gewinnsüchtige Absicht eigentlich das Entscheidende ist, und zwar nicht nur in so fern als, wo sie stattfindet, ein an sich nicht gefährliches und erlaubtes Spiel zu einem verbotenen wird, wie es die sächsische P.-O. v. 1612 in Beziehung auf die Kunstspiele bemerkt, sondern daß durch den Mangel derselben, ein Spiel, welches seiner Natur nach zu den unerlaubten zu zählen wäre, diese Eigenschaft verliert. Es haben dieses aber schon ältere sächsische Juristen gelehrt, und so heißt es in einem derselben [1]):

> Plane quemadmodum artis ludi per se liciti, ex accidente fiunt illiciti — ita *fortunae* lusus, alioquin prohibiti, non semper et ubique vituperio et reprehensione digni sunt, sed quandoque tolerari et excusari queunt, si non sunt assidui vel frequentes, sed moderati, tempestivi ac doli et fraudis expertes, si fiunt ab his qui sui juris sunt, post expleta ordinaria vocationis munia, *oblectationis vel recreationis non quaestus causa*, sine blasphemiis et convitiis et citra rei familiaris dispendium vel jacturam.

So sagt auch Tittmann [2]): „die Hazardspiele sind nicht überhaupt verboten, sondern nur insofern sie gespielt werden, daß die Spielenden in Gefahr gerathen, binnen kurzer Zeit, etwa von einigen Stunden, einen erheblichen Verlust zu erleiden.“ Und eine ganz gleiche Ansicht hat die Verfasser des preußischen Landrechts geleitet [3]), welches die Hazardspiele nur dann für unerlaubt erklärt, „wenn aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und den übrigen Umständen hervorgeht, daß selbige aus Gewinnsucht gespielt worden.“ — Mithin sind die Juristen also immer wieder, ohne es sich klar bewußt zu sein, zu dem deutschen Kriterium der Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen zurückgeführt worden, und nicht, ob ein Spiel zur Uebung kriegerischer

---

1) *Rauchbar*, Quaest. l. c. n. 95. Mit denselben Worten sagt dasselbe Carpzov, Pract. rer. Crim. l. c. §. 13. B. 4. Er setzt hinzu: Etenim si ludi fortunae aut misti taliter qualificati sunt, ratio ob quam alias ludi prohibeatur cessat. Auch Leyser, Med. spec. 126, beschränkt das Verbot der Spiele und Rückforderungsrecht nur auf den Fall, wenn unmäßig gespielt wird.

2) Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 2. S. 605.

3) Preuß. Landr. II. 20. §. 1298.

Tugend dient, nicht, ob zu dessen Ausübung eine gewisse Fertigkeit erfordert wird, ist dabei das eigentlich Entscheidende, sondern ob das Spiel innerhalb seiner natürlichen Grenzen bleibt, d. h. der Unterhaltung wegen, oder ob es der Gewinnsucht zu dienen betrieben wird; auch Leyser sagt von den unmäßigen Spielen: cessat enim in iis legitimus aleae finis, qui oblectatio tantum et recreatio esse debebat. Der französische Code macht aber von allen neuern Gesetzen eine Ausnahme, und während er sich sonst beim Spiel den germanischen Rechtsgrundsätzen anschließt, ist er hier zum römischen Recht, was sich aus der Zeit seiner Entstehung unter der Herrschaft eines Eroberers erklärt, zurückgekehrt. Es verordnet:

(Art. 1965.) La loi n'accord aucune action pour une dette de jeu, ou pour le paiement d'un pari. (Art. 1966.) *Les jeux propres à exercer au fait des armes*, les courses à pied ou à cheval, les courses à chariot, le jeu de peaume, et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps sont exceptés de la disposition précédente. — Néamoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme luit paraît excessive.

4) Wirkung dieser Unterscheidung. Unklagbarkeit der Spielschuld und Strafbarkeit des verbotenen Spieles.

Bei den Römern war nur die Forderung aus einem erlaubten Spiele klagbar, und da Justinian die Strafe, die auf Ausübung unerlaubter Spiele stand, aufgehoben hat, so ist die Unklagbarkeit und das Rückforderungsrecht die Hauptwirkung, die mit dieser Unterscheidung verbunden geblieben war. In Deutschland hatte sich aber der Grundsatz gebildet, daß niemals auf Borg gespielt werden sollte. Es ist gezeigt worden, wie er in Statuten und Territorialrechten vor und nach Einführung des römischen Rechts ausgesprochen ist, und so muß er auch jetzt noch als gemeinrechtlich betrachtet werden; denn wenn ein älterer deutscher Rechtsgrundsatz in zahlreichen Particularrechten sich wiederfindet, so beweisen diese dessen unveränderte Fortdauer, und die Reception des römischen Rechts kann in diesem Fall keine für die Anwendbarkeit seiner Grundsätze streitende Vermuthung begründen. Die Gemeingiltigkeit der Unklagbarkeit jeder Spielschuld hat aber auch eine Stütze in den Reichsgesetzen; denn in dem geschichtlichen Zusammenhange, wie wir ihn kennen ge-

lernt haben, erscheint die Bestimmung in der Reuterbestallung [1]) nicht mehr, wie sie gewöhnlich aufgefaßt wurde [2]), als eine besondere, nur für das Reichskriegsvolk geltende Verordnung, sondern sie stellt sich vielmehr als die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einen besondern Fall dar, und das Reichsgesetz enthält also implicite eine Anerkennung und Bestätigung dieses Grundsatzes. Aber auch das römische Recht ergibt bei richtiger Auffassung kein anderes Ergebniß, als die Unklagbarkeit fast aller bei uns üblichen Spiele, da es nur die aus Kampfspielen, und nach Justinian's Verordnung nur aus 5 genau bestimmten Spielen dieser Art entspringenden Forderungen als zu Recht bestehend anerkennt. Während dieses von mehreren Juristen anerkannt worden ist [3]), haben andere dagegen diese speciellen Vorschriften des römischen Rechts wenig beachtend, demselben die Ansicht untergestellt, daß nach demselben Glücksspiele für unerlaubt, Kunstspiele für zulässig gehalten worden wären, und daß die Aufzählung gewisser erlaubter Spiele in den Pandekten (von der Justinianischen Constitution ließ dergleichen sich schwerer behaupten) als beispielsweise Aufführungen anzusehen seien, daß es mithin noch andere eine klagbare Forderung begründende Spiele gegeben habe, und man dieses dann analog auf die bei uns üblichen Spiele anwenden müsse [4]). Es hat dieses selbst in die Gesetzgebung hie und da Eingang gefunden; so bestimmt z. B. das baiersche Gesetzbuch, während das Landrecht von 1616 noch jedes Spiel auf Borg untersagt, daß sowohl durch Kunstspiele, als durch sogenannte gemischte Spiele, eine vollkommen giltige Forderung begründet werde [5]). Es können Bestimmungen der Art aber

1) S. oben S. 163.

2) S. z. B. Mittermaier, P.-R. §. 298.

3) S. Strube, rechtl. Bedenken IV. Bed. 131. V. Bed. 9. Glück's Commentar, Bd. XI. S. 349.

4) S. bes. von Berg's jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, Bd. 2. S. 251.

5) Cod. Maxim. Bav. civ. Thl. 4. K. 12. §. 5. (S. oben S. 176, Note 3), und Kreittmayr Comm. Bd. 4. S. 619. — Weishaar sucht, ohne sich aber auf so bestimmte Gesetze zu stützen, in seinem württemb. P.-R. §. 1328 zu deduciren, daß die gemischten Spiele keine bürgerliche Verbindlichkeit begründen, wohl aber die Kunstspiele, die den römischen erlaubten gleich zu achten sind, als Billard-, Ball-, Volant-, Kegelspiel u. s. w. Nach v. Kampz' mecklenb. Civilrecht Bd. 2. §. 151 begrün-

nur als Abweichungen von dem gemeinen Rechte angesehen werden. — Es haben die Juristen schon vom Standpunkt des römischen Rechtes aus behauptet, daß wegen der Schuld aus einem verbotenen Spiel auch kein Vergleich geschlossen werden könne[1]); vom Standpunkt des deutschen Rechtes aus muß dieses aber auf alle Spielschulden bezogen werden, so wie darnach überhaupt ein jedes Rechtsgeschäft ungiltig ist, durch welches der Grundsatz, daß nicht auf Borg gespielt werden soll, der die Natur eines bestimmt verbietenden Gesetzes hat, und hie und da selbst durch Androhung von Strafen noch verschärft ist, umgangen wird. Schon ältere Statuten erwähnen daher mehrfach der Ungiltigkeit einer Bürgschaft für eine Spielschuld; in dem sächsischen Spielmandat ist besonders ausführlich von der Nichtigkeit und der Behandlung von Schuldverschreibungen und Wechsel[2]), denen eine Spielschuld zu Grunde liegt und diese gleichsam verbergen sollen, die Rede. Eine Spielschuld, als eine in sich nichtige[3]),

---

den die Commerzspiele eine rechtliche Forderung. Dagegen Paulsen, schleswig-holsteinisches Privatrecht §. 115: „Spiele haben nach Gerichtsgebrauch, so wie nach besondern Gesetzen überhaupt keine Rechtswirkung.“ So auch in Frankfurt a. M., s. Adlerflycht, Privatrecht §. 538 und Bender, Privatrecht Bd. 1. §. 79.

1) Schon *Paris a Puteo* de ludo §. 21 u. *Cacialupi* de ludo §. 34. Die Zulässigkeit eines solchen Vergleiches hat man ableiten wollen aus L. 27. §. 3, 4. D. de pactis (2. 14.) L. 18. C. de transact. (2. 4.) L. 56. §. D. de furtis (47. 2.); allein wie wenig die Befugniß, das, was durch ein Delict verwirkt worden, durch einen Vergleich zu erlassen, hier zur Anwendung kommen kann, ist schon wiederholt bemerkt worden. S. bes. *Carpzov*, Pract. rer. Crim. III. 9. 134. n. 24. bes. dazu *Boehmer*, Obss. ad Carpzov, obs. 2., und Overbeck, Meditationen Th. 3. Med. 160. Glück, Commentar Bd. XI. S. 348.

2) *Riccius*, de cambio super pecunia lusu deperdita, in Exercitt. jur. camb. V. Sect. 5. p. 171 sqq.

3) Schon *Julius Clarus* l. c. §. Ludus n. 9. sagt: Cum enim occasione ludi non possit esse lis pariter etiam non cadit transactio. Emtio venditio, mutuum aliique contractus ludi occasione celebrati ipso jure nulli sunt, nec ulla ex hisce actio collusoribus datur. — Vergl. auch Churfürstl. pfälz. Landrecht. Anderer Theil. Tit. 26. (Heidelb. 1582), Bl. 41 b: Dieweil in unserm Churfürstenthum allen unsern Unterthanen gefährliche, theuere Spiele verboten, sollen gleichfalls alle Conträcte, Pacta, Zusagungen, so deswegen beschehen, für nichtig und kraftlos gehalten werden u. s. w. Wiederholt im Landrecht v. 1698, Tit. 2. §. 4. (v. von der Nahmer, Handb. d. rhein. Partic.-Recht. Bd. 1. S. 482).

nicht blos unklagbare, eignet sich daher auch nicht zur Compensation [1]) u. s. w.

Das verbotene Spiel unterscheidet sich von dem erlaubten nach deutschen Rechtsgrundsätzen dadurch, daß jenes nur unklagbar, dieses zugleich strafbar ist. Daher haben auch alle älteren Criminalisten das Spiel in den Kreis ihrer Erörterung gezogen, wozu das römische Recht, in welchem die Strafbarkeit ja ausdrücklich aufgehoben ist, ihnen keine gegründete Veranlassung hätte bieten können. Uebereinstimmend sagen dieselben auch, daß, da im Civilrecht keine Strafe ausgesprochen sei, eine außerordentliche, von dem Richter, nach der Beschaffenheit der Umstände und der Person zu bemessende Geld- oder Gefängnißstrafe eintreten müsse, wie dergleichen denn fast in allen Statuten und Verordnungen älterer und neuerer Zeit, welche von verbotenen Spielen reden, gesetzt ist [2]). Die neuern Juristen haben dagegen fast eben so übereinstimmend das Spiel aus dem gemeinen deutschen Strafrecht verwiesen, weil es an einer Straffatzung fehlt [3]). Doch möchten wohl überwiegende Gründe vorliegen, zu der Ansicht der ältern Strafrechtslehrer zurückzukehren. Die Unterscheidung zwischen erlaubten und verbotenen Spielen haben wir nicht durch das römische Recht erst überkommen, und die Strafbarkeit der letztern ist nicht, wie man gewöhnlich annimmt, erst durch particularrechtliche Verordnungen, die jünger als die Einführung des römischen Rechts sind, begründet worden. Daß die Carolina oder ein anderes Reichsgesetz keine Straffatzung enthält, kann hier nichts ertragen, weil man nicht wird behaupten wollen, daß alles gemein-deutsche Recht sich auf die Reichsgesetze muß zurückführen lassen. Von einer Derogation durch das römische Recht,

---

1) S. darüber Bornemann, preuß. Civilr. Bd. 3. S. 235.

2) *Angelus Aretinus* l. c. §. 20: scias ille — qui lusit, potest arbitrio judicis inquirentis de hoc puniri secundum personarum et delicti qualitatem, sive in publico sive in privato ludatur. — *Bonifacius* de maleficiis l. c. §. 13: — cum poena non sit ordinata — nec expressa sit qualitas nec quantitas poenae, quod extraordinaria poena pecuniariter puniatur. cf. §. 3. 16. — Ferner *Julius Clarus* l. c. §. ludus n. 6. — *Menoch*, de arbitr. judic. lib. II. cas. 339. n. 8 i. f. *Rauchbar* l. c. II. quaest. 25. n. 54. *Carpzov*, Pract. III. 134. n. 8. n. 17—22. — Vgl. Tittmann, Strafrechtsw. Bd. 2. §. 558.

3) S. z. B. Martin, Lehrb. (2. Aufl.) §. 258. Nr. 4. Wächter, Lehrb. Thl. 2. S. 598. Heffter, Lehrb. §. 483.

so daß dessen Begriff von erlaubten und verbotenen Spielen an die Stelle des frühern getreten sei, kann auch nicht wohl die Rede sein, denn es ist bereits dargethan: a) daß das Princip, wornach die Römer das Erlaubtsein der Spiele bestimmten, nicht für unsere Sitten paßt, und daß man daher immer wieder, wenn auch auf Umwegen, zu dem deutsch-rechtlichen zurückgekehrt ist; b) daß die Wirkung des Erlaubtseins die deutsche geblieben ist, indem es selbst reichsgesetzlich sanctionirt ist, daß überhaupt nicht auf Borg gespielt werden soll. Daraus folgt aber die fortdauernde Rechtskraft auch des übrigen Theiles der deutschen Rechtsgrundsätze über das Spiel, da ja ohne diese das Unterscheidende zwischen erlaubten und verbotenen Spielen hinweggenommen werden würde. Die Particulargesetze, die bei aller ihrer Verschiedenheit in den Einzelheiten, von gleichen Grundansichten ausgehen, auf einer gemeinschaftlich historischen Grundlage beruhen, bestätigen jene Fortdauer. Das Vorhandensein von besondern, oft erneuten und veränderten, vom Gebiete des städtischen Statutarrechts auf das der Landesgesetzgebung verpflanzten Strafgesetzen, fast in allen Staaten, hat aber der Ausschließung des Spiels aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Criminalrechts insofern Vorschub gethan, als dadurch doch keine eigentliche Lücke für die Rechtsanwendung entstanden ist. Wo aber es an Strafgesetzen mangeln sollte, wo die vorhandenen ungenügend sind, dürften sich aus den ältern Statuten und Gesetzen gewisse Regeln entnehmen lassen, die den Richter, dessen Ermessen hier ein freier Spielraum gegeben, einigermaßen leiten können. Ziemlich allgemein wird man finden: a) daß das im verbotenen Spiel auf der einen Seite verlorene und auf der andern gewonnene Geld verfallen ist*), nicht blos, wie es neuere Gesetze wohl bestimmen, das auf der

*) Schon bremer Statuten v. 1303, oben S. 157: der Gewinner soll außer der Brüche der Stadt geben was er mit thessemen Spele wunnen hefft up der Worstafle. So auch regensb. Stadtrecht v. 1320 (oben S. 160); braunschw. alte Stadtrecht (oben S. 160). — Zusatz v. 1338 zu den alten erfurter Statuten (b. Walch, II. S. 38): Gewinne aber der Speler icht alse vele sal he der Stat gebe; nämlich außer der Brüche von einer Mark. — Stat. v. Frankf. a. M. v. 1352 (*Senckenberg*, Selecta T. 1. p. 58): un alse vele alse der gewynnet alse vele sal he der Stad gebin und darzu syner Geldes alse vele alse des Geldes ist, das he gewunnen hevet. — Lüneb. Stat. aus dem 15. Jahrhundert, oben S.

Tafel gefundene Geld, d. i. die Bank und die jedesmaligen Sätze; b) daß außerdem von den Spielern noch eine Brüche zu entrichten war, die in den einzelnen Gesetzen freilich sehr verschieden bestimmt ist, in älteren Gesetzen, oftmals der ganzen Summe, die verloren oder gewonnen worden, oder der über das erlaubte Maß verspielten gleichkam; daß aber eine Gefängnißstrafe seltener, meist nur eventuell verhängt wurde; c) daß der Wirth fast nie geringer als die Spieler selbst bestraft wurde*), was auch auf die, welche in anderer Weise die Betreibung des verbotenen Spieles gefördert haben, anwendbar ist, und zugleich darauf hinweist, daß die Bankhalter schwerer zu bestrafen sind, da gleichsam eine zweifache Strafbarkeit hier zusammentrifft, indem sie nicht nur selbst Spieler sind, sondern in einer ganz andern Weise, wie es im Verhältniß der Mitspieler zu einander der Fall ist, das verbotene Spiel hervorrufen und fördern.

5) Das Rückforderungsrecht des bezahlten Spielgeldes.

Was nun das Rückforderungsrecht des verspielten Geldes betrifft, so kann davon bei den nach deutsch-rechtlichen Grundsätzen erlaubten Spielen keine Rede sein, denn ein solches nicht gefährliches und nicht unmäßiges, und daher auch nicht strafbares Spiel, kann zwar nicht auf Borg gespielt werden, aber es gilt hierbei der Grundsatz, wie ihn schon das alte memminger Stadtrecht ausdrückt: „was einer dem andern unbezwungentlich gibt, das mag er wohl nehmen ohne Gefährde." Damit stimmt denn auch das preußische Landrecht (II. 1, 577—78) überein: Wegen Spielschuld findet keine gerichtliche Klage statt. — Was aber Jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, kann er nicht zurückfor-

---

161. — Churfürstl. brandenb. Verord. v. 1565 (oben S. 161): die Uebermasse des vorspielten Geldes verfallen und der so es gewonnen uns noch einmal so viel zur Strafe geben.

*) Göttinger Stat. v. 1301 (oben S. 157). Erfurter St. v. 1338, (s. vor. Note). Duderstädter Stadtr. aus d. 14. Jahrh. (oben S. 159). Regensb. St. v. 1320 (oben S. 160). Casseler St. v. 1444 (oben S. 158). Rügenwalder St. v. 1609 (das.). Das alte memminger Stadtr. v. 1396, Art. 35: Und wer — in seinem Hus vnd gemach wissentlich spilen, walen, karten oder behainerlay, was den pfening verlieren mag, so es verboten ist, tuon lät der soll zwifalt bessrun.

dern [1]). Schwieriger wird nun aber die Sache in Bezug auf die verbotenen Spiele. Da in den Pandekten von einem Rückforderungsrecht keine Rede ist, vielmehr dessen erst in der Constitution Justinian's erwähnt wird, worin er festgesetzt hat, daß die Spieler keine Strafe treffen soll, so ist nicht unwahrscheinlich, daß er dasselbe an die Stelle der Strafe hat setzen wollen, und es fragt sich nun, ob es bei unseren verbotenen Spielen, die als solche auch strafbar sind, zur Anwendung kommen kann? Es ist die Frage neuerdings vielseitig besprochen worden, indem in einem, von deren Entscheidung abhängigen Falle, im J. 1827 u. 1828, die Spruchcollegien zu Göttingen und Heidelberg Urtheile, das zu Halle ein Gutachten abgegeben haben, die sämmtlich sich für das Recht der Rückforderung entschieden [2]), während das O.-A.-G. zu Parchim seiner entgegengesetzten Ansicht unverändert treu geblieben ist [3]). Die beiden Hauptgründe, worauf dieses seine Ansicht begründete, sind: 1) wo von einem strafbaren Spiel die Rede ist, müsse die Regel des römischen Rechts zur Anwendung kommen: daß, wenn dem Gebenden und Empfangenden gleicher Vorwurf trifft, alle Zurückforderung des schon Gezahlten selbst wegfallen soll [4]); 2) daß in den mecklenburgischen Gesetzen, die dabei zur Anwendung kamen, wie dieses in vielen Spielgesetzen der Fall sein möchte, Confiscation des auf das Spiel gebrachten Geldes verordnet ist, und also nicht der Spieler das Geld, welches bereits eingezogen worden oder worauf doch nur der Fiscus ein Recht hatte, noch einmal für sich zurückfordern kann. — Der erste dieser Gründe ist besonders in dem hallischen Gutachten bekämpft worden; und wenn man erwägt, daß Justinian ohne, wie seine Verordnung zeigt, über das Spiel und dessen Zulässigkeit irgend milder zu denken als die frühern römischen Gesetzgeber, vielmehr von dem Streben geleitet wurde, ihm noch wirksamer zu begegnen, und aus Gründen der Gesetzgebungspolitik an die Stelle der

1) Auch das österreich. Gesetzb. §. 1271—72 hat dasselbe Princip. Vergl. Zeiler, Comment. Bd. 3. S. 670.

2) Das hallische Gutachten findet sich in Elvers' jurist. Zeitung v. 1828, Nr. 119; das heidelb. Urtheil ebendas. Jahrg. 1830, Nr. 35, 36.

3) S. Elvers' jurist. Zeitung 1828, Nr. 51. 1830, Nr. 83.

4) L. 3, 4. §. 1. L. 8. D. de condict. ob turp. v. inj. c. (12. 5.) c. 2. 5. C. eod. (4. 7.). S. aber Mühlenbruch, Pand. §. 383, Note 12, und die daselbst angef. Schriftsteller.

Strafe das Rückforderungsrecht gesetzt hat: so kann man nicht wohl da, wo eine Strafe wieder eingeführt ist, aus dem obigen allgemeinen Grunde (wenn man ihn auch als richtig anerkennen wollte), die Unzulässigkeit des Rückforderungsrechts ableiten wollen, da die turpitudo des Spielers nicht erst durch Einführung einer Strafe wieder hergestellt ist, und das Rückforderungsrecht, welches hier auf einer besondern Verordnung beruht, mit dem Eintritt einer Strafe sich wohl vereinigen läßt. — Gegen den andern Grund hat man aber eingewendet, daß mit der Beschlagnahme, des gerade auf dem Spieltisch gefundenen Geldes, sich sehr wohl die Rückforderung dessen, was in das Eigenthum des gewinnenden Spielers übergegangen ist, vereinen lasse. — Dann haben die Vertheidiger des Rückforderungsrechts aber besonders noch ausgeführt, wie wir uns an das römische Recht, welches die Grundlage des gemeinen Rechtes ausmacht, so lange nicht besondere Gründe davon abzugehen nöthigen, halten und es mit den abweichenden Particularrechten möglichst in Uebereinstimmung zu bringen suchen, d. h. diese als derogarische Gesetze stricte interpretiren müssen.

Man wird die Richtigkeit dieser letzten Sätze, insofern ihnen nur keine unrichtige und unser deutsches Recht benachtheiligende Anwendung gegeben wird, was bei der noch immer im Entwickeln begriffenen Erkenntniß des letztern wohl geschehen kann, — nicht bestreiten wollen. Der ganze Standpunkt bei Beurtheilung der Frage über das Rückforderungsrecht würde aber ein anderer gewesen sein, wenn man davon ausgegangen wäre, daß die über das Spiel herrschenden Rechtsgrundsätze nicht eigentlich die des römischen Rechts, sondern deutschen Ursprungs sind, und es würde dann doch, wie ich glauben möchte, sich ergeben haben, daß dasselbe nicht wohl zur Anwendung gebracht werden kann. Die Gründe sind aber folgende: 1) Wenngleich das römische Recht das Spielen, als etwas Unerlaubtes und bis auf Justinian Strafbares ansah, so offenbart sich darin die Ansicht (die sich selbst in den Pandekten finden läßt, wo besonders von der Gelegenheitbietung und dem Zwange zum Spiel die Rede ist), daß der Verlierende, als der in der Regel Verleitete und, wenn auch unrecht Handelnde, doch auch Unglückliche angesehen wurde; und eine solche Auffassung muß besonders zum Rückforderungsrecht hinleiten. In den deutschen Gesetzen wird aber der Verlierende dem Gewinnenden fast durchgängig gleichgesetzt, es ist nicht

allein von keinem Rückforderungsrecht zu seinen Gunsten die Rede, sondern mehrere Statuten bestimmen noch, daß, während der Gewinnst der Obrigkeit neben einer Buße ausgeliefert werden muß [1]), der, welcher verloren hat, noch eine gleich große Brüche zahlen soll [2]). Eines Rückforderungsrechtes wird nur erwähnt, wenn einem Spieler mit Gewalt Sachen abgenommen worden; auch trat es immer ein, wo der Sohn oder Diener seines Vaters oder Herrn Gut verspielt hat; letzterer „unterwindet sich dessen wo er es findet." 2) Es ist schon bemerkt worden, daß die Statuten fast durchgängig die Confiscation des Spielgeldes dahin verstehen, daß das verspielte Geld überhaupt der Obrigkeit verfallen ist; Gesetze, die daher einen Ausdruck enthalten, der verschieden gedeutet werden könnte, z. B. „das Gut, darum gedoppelt worden", „das Geld, was auf das Spiel gebracht worden" u. s. w. [3]), müssen mithin im Zweifel nicht blos von dem Gelde verstanden werden, welches gerade im Augenblick der polizeilichen Ueberraschung und Beschlagnahme als Spielgeld vorgefunden wird, sondern von der ganzen mit Unrecht verspielten Summe; das ist, wo ein bestimmter Spielsatz gesetzlich bestimmt ist, das darüber Verspielte, bei absolut verbotenen Spielen, die ganze Summe. So heißt es in der aus dem vorigen Jahrh. herrührenden Zuchtordnung der Stadt Memmingen [4]), um einem solchen Zweifel zu begegnen:

> Wo benebens das verspielte und würklich bezahlte, oder auf dem Spielplatz befindliche Geld confiscirt und dem gemeinen Stadt Aerario verfallen sein u. s. w.

Nehmen wir dieses aber an, so würde nur in den seltenen Fällen, wo neuere Spielgesetze bestimmt nur von der Confiscation des wirklich vorgefundenen Geldes reden, die Möglichkeit einer Rückforderung stattfinden können [5]). 3) Scheint endlich nach deutsch-recht-

---

1) S. Seite 184, Note *).

2) Z. B. Stadtrecht v. Regensburg (oben S. 160, Note 2), der verleuset der muz auch zur seiner verluste als vil geben alz er vber daz pfunt verloren hat. Frankf. Stat. v. 1352 a. a. O. — alse vele der virlure alse vele hat he darzu der Stad gebin. Ferner freiberger Statut. (oben S. 161, Note 3).

3) S. oben S. 158, Note *). S. 160, Note 1.

4) Tit. XIV. Vom Spielen §. 3, in Walch, Beitr. Bd. 2. S. 327.

5) Daß auch nach preuß. Landrecht, wiewohl dieses sich nicht ausdrücklich

licher Ansicht der Richter verpflichtet, jede Klage, die sich auf eine, durch das Spiel entstandene oder auf sie sich beziehende Forderung gründet, abweisen zu müssen; es ist oben erwähnt worden, daß das alte culmische Recht dieses sogar auf die aus einem betrüglichen Spiel abgeleitete Rückforderung ausgedehnt hat[1]). 4) Wenn nun die ältern Schriftsteller über das Spiel[2]), die ältern italienischen Criminalisten[3]) und dann nach ihnen Andere[4]) von einer, dem Rückforderungsrecht entgegenstehenden Gewohnheit reden, so gewinnt diese Behauptung nun eine bestimmtere Bedeutung; es ging nämlich dieselbe offenbar aus der Wahrnehmung hervor, daß die Vorschrift des römischen Rechtes mit dem, was bis dahin üblich gewesen war, mit den in den germanischen Ländern herrschenden und in einem innern Zusammenhang stehenden Rechtsgrundsätzen über das Spiel nicht vereinbar sei. Von den holländischen Juristen wird mit der größten Bestimmtheit behauptet, daß, der Bestimmung des römischen Rechtes ungeachtet, ein Rückforderungsrecht nicht stattfinde[5]). Es fehlt auch nicht an deutschen Landrechten, welche dieses ebenfalls ausdrücklich hervorheben[6]), um damit gleichsam den

---

darüber ausspricht, auch bei verbotenen Spielen, der, welcher verloren hat, das verspielte Geld nicht wiederfordern kann, weil der Fiscus das Recht hat, dem Empfänger den verbotenen Gewinn zu entreißen, hat gegen Bielitz ausgeführt Bornemann, Civilrecht Bd. 3. S. 237.

1) S. oben S. 148, N. 3. S. 149, N. 3. S. 165, N. 1.

2) *Steph. Costa* de ludo art. 4 (cf. art. 3). *Par. a Puteo* de ludo §. 33 (cf. §. 25). *Cacialupi* de ludo §. 48, 79 sqq.

3) *Augustinus* ad Angel. Aretinum de malef. §. 16, 22. *Jul. Clarus* l. c. §. 7.

4) *Rauchbar* l. c. n. 89—92. Man beruft sich dabei auf Luther's Auslegung des siebenten Gebotes: „Wer die Gefahr liebt, kommt darin um."

5) *Groenewegen* de legib. abrog. in Hollandia ad tit. Dig. de aleatoribus: — e contra, si solverit, repetitionem eum non habere *generali* consuetudine receptum est. Nachdem er eine Reihe Schriftsteller angeführt, setzt er noch hinzu: Et hanc *totius mundi* (!) esse consuetudinem testatur Rebuff ad Const. reg. in prooem. gloss. 5. n. 56. Auch Voet (Comment ad Pand. tit. de aleat. §. 6) erklärt sich gegen die Giltigkeit des Rückforderungsrechtes.

6) Magdeb. P.=O. 54. §. 3: Was auf das Spiel durch Karten, Würfel und andere Art auf Credit verthan wird, darüber soll zwar weder in unser hohen Untergerichten verholfen werden, gleichwohl aber die *condictio indebiti* wegen dessen, was bezahlt, nicht stattfinden.

Juristen entgegenzutreten, die dem deutschen Recht, wo es mit dem römischen im Widerspruch stand, den Besitzstand zu bestreiten suchten. Es kann aber auch nicht Wunder nehmen, daß die Ansicht der Juristen endlich auch in manche Particularrechte Eingang fand, so daß sie dem, welcher Geld im verbotenen Spiel verloren hatte, das Recht gaben, dieses zurückzufordern, wie es namentlich in dem sächsischen Spielmandat[1]), dem baierschen Civilcodex[2]) und in Holstein durch neuere Verordnungen[3]) der Fall ist. Der französische Code (art. 1967) bestimmt dagegen:

Dans *aucun cas* le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins, qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie et escroquerie.

c) Rückforderung eines zum Spiel gemachten Darlehns.

Es muß nun noch die Frage berührt werden, ob derjenige, welcher einem Spieler Geld zum Spielen geliehen hat, dasselbe wiederfordern kann. Das römische Recht enthält darüber keine directe Bestimmung, doch hat man aus verschiedenen Aeußerungen desselben abzuleiten gesucht, daß eine Klage in solchem Fall nicht stattfände, und die Bestimmung in L. 12, §. 11. D. mandati (XVII. 1) scheint dafür allerdings ein treffendes Argument zu geben[4]). Indeß haben manche Juristen behauptet, daß ein zum Spiel gemachtes Darlehn zurückgefordert werden könne[5]), und viele Anhänger hat eine schon von Azo herrührende Meinung gefunden, daß man unterscheiden müsse, ob das Geld von einem Mitspieler dem andern oder von einem beim Spiele Unbetheiligten dargeliehen worden sei, indem nicht in dem ersten, wohl aber in dem letztern Fall das dar-

1) S. oben S. 169.

2) Cod. Max. Bav. civ. Th. 4. K. 12. §. 5. Es wird dieses dort sowohl in Beziehung auf die Kunst- und vermischten, wie auf die Glücksspiele verordnet. S. Kreittmayr zu dieser Stelle, Th. 4. S. 619; auch Phillips, Privatr. Bd. 1. S. 506.

3) Paulsen, schleswig-holst. Privatr. §. 115.

4) „Si adulescens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fide jubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est quasi perdituro pecuniam credideris. Vergl. L. 2. §. 1. D. Quarum rer. actio n. datur. S. auch Mühlenbruch, Pand. §. 426, Note 4.

5) Bes. *Voet* comment. l. c. §. 4.

geliehene Geld wiedergefordert werden kann [1]). — Nach deutschen Rechtsgrundsätzen kann darüber gar kein Zweifel sein. Aus dem bestimmten gemeinrechtlich anerkannten Gebot, daß nicht auf Borg gespielt werden soll, folgt, daß selbst bei nicht strafbaren Spielen das Darleihen von Geld, es mag von einem Mitspieler oder einem Dritten geschehen, als unzulässig erscheinen muß. Es haben daher auch ältere und neuere Statuten und Gesetze ausdrücklich bestimmt, daß Niemand Geld zum Spiel darleihen, daß, wenn es geschehen, er es nicht solle wiederfordern, der Richter darüber nicht solle erkennen können [2]). Das preußische Landrecht (I. 2, §. 581) enthält auch dieselbe Bestimmung, „daß Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt oder geliehen worden, nicht gerichtlich eingeklagt werden können.“ Aber die Verfasser des Landrechts, die diesen, wie andere deutsche Rechtssätze aufgenommen haben, haben sich einen derben Tadel und Zurechtweisung von Gans in seinem, im Anfang unserer Abhandlung angeführten Aufsatz [3]) zugezogen. Er erklärt es für „ein wahres Absurdum,“ „daß den Spielern nicht die Zurückforderung ihres Spielverlustes gestattet ist, während diejeni-

1) *Azo*, Summa C. de aleatorib. *Angel. Aretin.* de malef. l. c. et *Augustinus* ad Angel. §. 14—16. *Carpzov*, pract. rer. crim. III. 134. n. 27. *Stryk*, usus mod. de aleat. §. 10. Overbeck, Medit. Th. 2, Nr. 95. Es wird daselbst besonders dadurch begründet, daß ein Mitspieler die Hoffnung hat, das geliehene Geld wiederzugewinnen und sich mit dem Schaden der Andern zu bereichern, was bei einem Dritten nicht stattfinde. — Auch Weishaar, württemb. Privatr. §. 1326. Note d.

2) Statuten von Frankf. a. M. v. 1352, c. 63. §. 2. a. a. O.: Auch ensül nyman dem andern kein Geld wizzentliche lyhen zum Spele, wer es darüber lühe der sal alse vele der Stat gebin, une wer es entneme der sal auch alse vele der Stad gebin. — Württemb. Landesord. v. 1495 (oben S. 160, Note 1): „und in sonderheit, was auf Borg verspihlt oder auf Spiel geliehen wird kein Gericht daraus erkennen. — Baier. Landesord. v. 1616 (oben S. 167, N. 4). — Memming. Zuchtordnung a. a. O.: — auch daferne auf Borg gespielt oder von einem der Mitspielenden oder andern dabei gesessenen wissentlich Geld in das Spiel hergeliehen worden, so solle dergleichen Schuldforderung an sich null und nichtig sein, und darauf nicht gesprochen noch erkannt werden. S. auch Adlerflycht, Privatr. d. St. Frankfurt, §. 538.

3) S. oben S. 141.

gen, welche Geld zum Spiel geliehen haben, nicht das Recht haben sollen, dieses Geld wiederzuverlangen.“ Er findet den Grund „der widersinnigen Bestimmung“ darin, daß sich die Verfasser das eigene Princip, von welchem sie ausgingen, nicht klar gemacht haben und daher zu Abweichungen von demselben sich haben verleiten lassen; denn indem sie in Folge des sie leitenden Princips der Gleichgiltigkeit das Rückforderungsrecht, welches das römische Recht dem Spieler gewährt, mit Recht nicht anerkannt haben, hätten sie sich verleiten lassen, der aus dem Princip der Strafbarkeit des römischen Rechts hervorgehenden Consequenz, wornach der Darleiher das Geld nicht wiederfordern kann, Raum zu geben. Gegen diesen Vorwurf hat schon Bornemann, wenigstens theilweise, die Redactoren in Schutz zu nehmen gesucht*); und wenn wir denselben auch nicht auf den Autor, von welchem er ausgegangen ist, zurückleiten können, so trifft ihn doch der, den geschichtlichen Grund und Zusammenhang der Bestimmungen des Landrechts nicht erkannt zu haben, wodurch er sich dann verleiten ließ, dieselben über den Leisten eines von ihm fingirten, dem Landrechte fremden Princips zu schlagen. Dadurch möchte aber, was ich oben über diese Behandlungsweise des Rechts bemerkt habe, noch etwas weiter gerechtfertigt erscheinen.

Als das Gesammtergebniß unserer Untersuchung möchten sich daher folgende Hauptregeln des heutigen deutschen, wo nicht damit unvereinbare Verordnungen bestehen, anwendbaren Rechtes herstellen:

Unerlaubt und strafbar ist alles Spielen in gewinnsüchtiger Absicht. Eine solche ist bei dem unmäßigen oder hohen Spiel immer anzunehmen, bei den sogenannten Hazardspielen aber, wenn nicht aus dem niedern Satz und den übrigen Umständen sich ergibt, daß das Spiel als ein ungefährliches, nur der Unterhaltung wegen geübt worden ist. Die Strafe hängt vom richterlichen Ermessen ab; die Obrigkeit hat aber in der Regel das Recht, das verspielte Geld von dem Gewinner beizutreiben.

---

*) Preuß. Civilr. B. 1. S. 237.

Erlaubt ist jedes Spiel, welches in anständiger Weise, der Unterhaltung und Erholung wegen geübt wird. Ein solches Spiel kann aber auch nicht auf Borg gespielt werden; es kann dem Gewinner das, was ihm sogleich bezahlt worden, daher zwar nicht wieder abgefordert werden, aber er kann auch die unberichtigt gebliebene Spielschuld in keiner Weise weiter rechtlich geltend machen.

Wer wissentlich Geld zum Spiele geliehen hat, kann, wenn es bei einem verbotenen Spiele geschehen ist, als Beförderer desselben bestraft werden, sonst aber niemals die dargeliehene Summe rechtlich wiederfordern.

Es will mir scheinen, als wenn diese Regeln unserer Denkungsweise und unsern Lebensverhältnissen wohl entsprechen, als würden dadurch manche, sonst nicht seltene Mißstände vermieden werden, indem z. B. der Richter dabei nicht in die Verlegenheit kommt, wie es geschehen muß, wo man davon ausgeht, daß die Glücksspiele als solche strafbar sind, einer Gesellschaft, die vingt-un oder dergleichen zu ihrer Unterhaltung gespielt hat, den Proceß zu machen oder die Gesetze unangewendet zu lassen. Daher dürften denn diese Grundsätze, die auch bereits großentheils in den neuern Gesetzbüchern und namentlich im preußischen Landrecht sich finden, geeignet sein, fernern gesetzlichen Anordnungen über diesen Gegenstand zur Grundlage zu dienen.

Uebersicht
über
die deutsch-rechtliche Litteratur
vom Jahre 1839.

Von

Reyscher.

Die Herausgeber dieser Zeitschrift haben versprochen, je am Jahresschlusse einen kurzen Bericht über die deutsche juristische Litteratur zu liefern. Indem sie dieser Zusage nachkommen, kann *ihre* Absicht nur sein: auf die wichtigeren Erscheinungen im Gebiete der allgemeinen Rechtslitteratur und insbesondere im Gebiete des deutschen Staats- und Privatrechts aufmerksam zu machen; nicht aber sollten auch diejenigen Zweige der Rechtswissenschaft, welche von der Richtung dieser Zeitschrift schon zu Anfang ausgeschlossen worden, in ihrem Fortschritte nachgewiesen, noch eine ausführliche Beurtheilung der einzelnen Schriften gegeben werden, wofür anderwärts Gelegenheit und Aufforderung genug vorhanden ist.

I. Allgemeine Werke.

Wir nennen zuerst die bibliographischen und kritischen, sodann die encyklopädischen Schriften. Hier kann es denn gleich mit Freude hervorgehoben werden, daß die

kritischen Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft (Leipzig, bei Tauchnitz),

zu deren Herausgabe sich der Gründer derselben, Professor Richter in Marburg, einen vormaligen Collegen, Professor Schneider in Leipzig, beigesellt, auch im dritten Jahre ihres Erscheinens einen würdigen Fortgang genommen haben. Die natürliche Folge eines besondern kritischen Instituts für die juristischen Schriften ist freilich die, daß die allgemeinen Litteraturblätter immer weniger sich mit diesen beschäftigen, und dadurch wieder einer der äußern Berührungspunkte verschwindet, welche die verschiedenen Theile der Wissenschaft sich näher gebracht haben. Allein nicht bloß die Jurisprudenz, auch die anderen besonderen Wissenschaften haben sich mehr oder weniger

auf jene Weise gegen die allgemeinen Litteraturblätter abgeschlossen, welche bei der zunehmenden Specialisirung der Wissenschaften, die leider auch die Isolirung mehr oder weniger im Gefolge hat, und wir dürfen es wohl sagen, bei dem Mißbrauche, der mit jenen Blättern theilweise getrieben worden, dem Fachbedürfnisse nicht mehr genügten. Die Redaction der kritischen Jahrbücher, welche erfreulicher Weise der Anonymität keinen Vorschub leistet (möchte sie dieselbe ganz ausschließen!), hat auch in der Beziehung ihre Aufgabe richtig erkannt, daß sie neben den Recensionen, welche sie selbst oder ihre Mitarbeiter liefern, zugleich Nachweisungen über die anderwärts erschienenen Beurtheilungen gibt, und sowohl hiedurch, als durch die fortlaufende Bibliographie, welche sie ihren Heften anhängt, eine vollständige Uebersicht der juristischen Litteratur eröffnet, deren der Rechtsgelehrte nicht entbehren kann.

Die kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes von Mittermaier und Zachariä (Heidelberg, bei Mohr) ist insofern hier zu erwähnen, als die auswärtigen Rechte, welche durch dieses Organ uns näher gebracht werden, mittelbar zum Verständnisse und zur Ausbildung des unsrigen beitragen. Auch hier zeigt sich abermals, wie deutscher Fleiß sich der Erzeugnisse ausländischer Litteratur zu bemächtigen sucht. Die meisten Aufsätze sind nämlich von deutschen Schriftstellern. Besonders anziehend für den Germanisten schienen uns in den vom Jahre 1839 vorliegenden 4 Heften (Bd. XI. und XII. Bd. 1. Heft) die Aufsätze über die neuesten rechtshistorischen Forschungen in Bezug auf die Schweiz und den Werth der schweizerischen Rechtsgeschichte für das Studium des deutschen Rechts von Mittermaier; über die Collision der Gesetze von Demselben, und über die Lehre vom Besitz nach russischem Rechte von Prof. v. Reutz in Dorpat. Der letztere Aufsatz, welcher die Monographie eines russischen Gelehrten (Th. Moroschkin) über denselben Gegenstand zum Ausgangspunkte nimmt, ist namentlich dadurch interessant, daß darin über die ersten Entwicklungsversuche einer russischen Rechtswissenschaft und die Hemmnisse jener Entwicklung Nachricht gegeben und hier ein Zustand zur Anschauung gebracht wird, wo es sich, wie bei uns im 15. und 16. Jahrhundert, davon handelt, zwischen einer fremden Rechtswissenschaft und der selbstständigen Ausbildung des Nationalrechts zu wählen. Der wissenschaftliche Versuch, über den der Verfasser berichtet, zeigt uns zugleich in Hinsicht auf den Besitz eine merkwürdige Uebereinstimmung zwischen russischem und altdeutschem Recht (selbst das Wort Werw = Were kommt vor), was abermals ein Beitrag ist zu der in neuerer Zeit mehrfach entdeckten Aehnlichkeit zwischen den ursprünglichen Rechtseinrichtungen des slawischen und germanischen Volksstamms. (Vergl. die Schilderung Montenegriens in den Dorpater Jahrbüchern 1833, Band I. Heft 2 und 4.)

Das verdienstliche Unternehmen der Göthe'schen Buchhandlung in Leipzig: **Lexicon literaturae academico-juridicae, Lips. 1836** und 1838, 2 Bände, ist in einem Nachtrag und Register beendigt worden. Andererseits hat sich ein unternehmender Rechtsanwald in Baiern (Barth) zur Aufgabe gemacht, dem gefallenen Ansehen der akademischen Dissertationen zu Hilfe zu kommen, indem er eine Anzahl auserlesener, theils ursprünglich deutscher, theils in's Deutsche übersetzter Dissertationen aus dem Gebiete des gemeinen Civilrechts und Civilprocesses gesammelt herausgab und dieser seiner Sammlung das Siegel einer zweiten Ausgabe (Augsburg 1839, 1. u. 2. Lieferung) aufdrückte. Verwandt hiermit ist ein anderes Unternehmen: Sammlung interessanter Aufsätze aus dem Gebiete des gemeinen Rechts (Braunschweig, bei Leibrok), worin theils Abdrücke, theils Auszüge von Abhandlungen fremder Verfasser gegeben sind.

Als Beitrag zur juristischen Bücherkunde kann noch genannt werden:

> **Bibliotheca juridica** oder Verzeichniß aller brauchbaren, in älterer und neuerer Zeit, besonders aber vom Jahre 1750 bis zur Mitte des Jahres 1839 in Deutschland erschienenen Werke über alle Theile der Rechtsgelehrsamkeit und deren Hilfswissenschaften. Zuerst herausgegeben von Th. Chr. Fr. Enslin; von Neuem von W. Engelmann, Leipzig 1840.

Von der ersten im J. 1824 erschienenen Auflage dieses Bücher-Verzeichnisses unterscheidet sich die gegenwärtige dadurch, daß sie nicht, wie jene, bis zum Jahr 1700 zurückgeht und die Diplomatie, die Polizei- und Kameral-Wissenschaft ausschließt; wogegen die neueren juristischen Schriften ziemlich vollständig nachgetragen sind. (Einiges haben wir allerdings vermißt.)

Die juridischen Zeitschriften befassen sich, abgesehen von den beiden oben genannten kritischen Journalen, nicht mit dem Ganzen der Rechtswissenschaft, sondern entweder nur mit besonderen Zweigen derselben, wie z. B. das Archiv für die civilistische Praxis, die Zeitschrift für Civilrecht und Proceß; oder mit bestimmten Richtungen, wie die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Ein allgemeineres Ziel hat sich zwar das gegenwärtige Unternehmen gesetzt, welches nicht blos auf das Privat-, sondern auch auf das Staatsrecht, und nicht bloß auf die Geschichte, sondern auch auf die Dogmatik des Rechts gerichtet ist. Allein auch dabei mußte nicht bloß eine sehr allgemeine und weitverbreitete Richtung, die romanistische, sondern auch ein und der andere Rechtstheil, namentlich Strafrecht, Proceß, ausgeschlossen werden.

Die ausgezeichnete juristische Encyklopädie von Falk, hat die 4. Auflage erhalten (Leipzig, bei Bösenberg).

Das

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, enthal-

tend die gesammte Rechtswissenschaft, redigirt von J. Weiske (Leipzig, bei Otto Wigand);

ist im 4. Hefte des II. Bandes bis zum Worte „Compromiß" gelangt. Die meisten Artikel enthalten ausführliche, manche derselben ganz selbstständige Aufsätze. Besonders sind von dem vaterländischen Gesichtspunkte aus gearbeitet die Artikel: Administrativ-Justiz, Austräge, Autonomie, Auszug, Banken, Bann, Beamte, Begnadigung, Bergrecht, Bodmerei. Auch die Artikel über einzelne Länder und Städte, z. B. Baden, Baiern, Braunschweig, Bremen, enthalten erwünschte Andeutungen über die dortigen besonderen Rechtsquellen und Rechtszustände.

Das

Staatslexikon von C. v. Rotteck und C. Welker (Altona, bei Hammerich),

ist bis zur 4. Lieferung des VIII. Bandes (Jesuiten — Jonische Inseln) vorgerückt.

II. Naturrecht und Gesetzgebungswissenschaft.

Bei dem Antheile, welchen wir dem rationellen Elemente an der Entwicklung und Darstellung gegebener Zustände einräumen (Bd. I. S. 37), wird es nicht befremden, wenn wir auch die rechtsphilosophische Litteratur, insbesondere diejenigen Schriften berücksichtigen, welche das Verhältniß der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung angehen. Zwar ist immer viel Streit unter den Naturrechtslehrern gewesen; allein war dasselbe nicht im Gebiete der Philosophie überhaupt der Fall, und wer wollte darum der letztern ihren Werth absprechen?

Eine Uebersicht der rechtsphilosophischen Theorien und des heutigen Standes dieser Wissenschaft findet man in einem Aufsatze Warnkönig's: „Die gegenwärtige Krisis der Rechtsphilosophie in Deutschland," in der deutschen Vierteljahrsschrift, 1839, Heft IV, S. 255, und noch ausführlicher in einem Lehrbuche desselben Verfassers:

Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts, von Dr. L. A. Warnkönig, Prof. der Rechte in Freiburg im Breisgau. Wagner'sche Buchhandlung, 1839.

Die ältere lateinische Schrift: Doctrina juris philosophica (Aquisgr. 1830) ist hier umgearbeitet, allein die frühere Auffassung des Rechts aus einem dreifachen Principe, welches ebenso vielen Trieben der menschlichen Natur entsprechen soll: dem der Nützlichkeit, Philanthropie und Gerechtigkeit, beibehalten und eben damit auch, wie wir fürchten, das Streben des Verfassers, seiner Theorie einen philosophischen Charakter mitzutheilen, unerfüllt geblieben; denn ein eklektischer Versuch dieser Art, welcher übrigens nicht neu ist (schon Grotius, Rousseau, Hugo und Andere sind von ähnlichen Ideen

ausgegangen), wird eben, weil er aus der Einheit der Wissenschaft heraustritt, nicht die strengen Anforderungen derselben befriedigen. Auch wir nehmen an, daß das Recht nicht blos auf rationeller Grundlage, sondern zugleich auf einem geschichtlichen und materiellen Elemente beruhe. Allein wenn es die Aufgabe der Rechtsphilosophie ist, das rationelle Element oder den Vernunftgrund des Rechts für sich festzustellen, so dürfen nicht auch die beiden andern Elemente, welche in dem positiven Rechte hervortreten, zugleich berücksichtigt werden. Eine Theorie, welche dermaßen allen Ansichten vom Rechte zugleich Genüge thun, und ohne bestimmten Anhaltspunkt in der Philosophie oder Geschichte theils von anthropologischen, theils von metaphysischen und historischen Grundsätzen ausgehen will, schwebt gleichsam zwischen Himmel und Erde, und wenngleich der Verf. das Nützlichkeitsprincip nicht so sehr vorherrschen läßt, wie Hugo, so nähert sich doch sein System mehr einer Rechtspolitik, oder, wie er selbst sagt, „einer vergleichenden Rechtsgeschichte", als einer Rechtsphilosophie. Was der Verfasser gegen die abstracten Theorien einwendet, ist ein Vorwurf, der kaum einen neuern Naturrechtslehrer trifft, da auch von denjenigen, welche dem Kantischen Principe im Wesentlichen treu geblieben sind, das Bedürfniß anerkannt ist, dasselbe aus einem höhern Gesetze zu beweisen und ihm durch Anwendung auf Gegenstände der Erfahrung einen praktischen Inhalt zu geben. Uebrigens sind beide angeführte Schriften, wie Alles, was von der Feder des Verfassers herrührt, ausgezeichnet durch geistvolle Behandlung, und wenn man auch vom philosophischen Standpunkt aus demselben nicht beipflichten kann, so wird man doch auf dem Boden der Rechtspolitik die Unbefangenheit seiner Ansichten in vollem Maße anerkennen müssen.

Fast gleichzeitig mit dem Warnkönig'schen Lehrbuche hat auch das Naturrecht v. Rotteck's (Stuttgart, bei Hallberger 1840) eine neue Auflage erhalten, welche jedoch nicht, wie dort, durch das Bedürfniß der Umarbeitung, sondern, wie es scheint, durch den Absatz der ersten Auflage herbeigeführt ist. Schon dieser Umstand ist für die Stellung des Rotteck'schen Buchs zum Publikum bezeichnend, welches die Ansichten desselben, obgleich dem Wesen nach aus der Kantischen Philosophie hervorgegangen, nicht allzu abstract gefunden zu haben scheint. Auch in einer andern Hinsicht unterscheiden sich die Schriften der beiden freiburger Gelehrten. Während Warnkönig nur das Privatrecht einigermaßen ausführlich abgehandelt, von dem Staats- und Völkerrecht aber nur Umrisse gegeben hat, tritt bei Rotteck die publicistische Richtung hauptsächlich hervor; denn das ganze Naturrecht wird als Propädeutik zu den Staatswissenschaften von ihm behandelt. Aenderungen und Zusätze hat die neue Auflage nur wenige erhalten, welche in der Vorrede angegeben sind.

Der Streit über die sogenannte historische und nicht historische

Schule ist durch einen warm geschriebenen Aufsatz Thibaut's im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XXI. S. 391, zu Ende vorigen Jahres wieder aufgeregt worden. Wenn man auch mit dem Verfasser nicht durchaus einverstanden ist, so muß man doch die Freimüthigkeit, womit er, obgleich Romanist, die Gebrechen des römischen Rechts an den Tag stellt, und die deutsche Gesinnung, womit er einen bessern Rechtszustand im Vaterlande herbeigeführt wünscht, anerkennen, und man wird ihnen zu Liebe gewisse Empfindlichkeiten des Aufsatzes gern übersehen. Einen Anachronismus, welchen ein ungenannter Recensent in der krit. Zeitschr. für deutsche Rechtswissenschaft, 1839, I. S. 187, diesfalls dem Thibaut'schen Aufsatze zur Last legt, haben wir nicht darin gefunden; denn der scheinbar abgeschlossene Friede war mehr nur ein Waffenstillstand, wobei die Freunde der geschichtlichen Rechtswissenschaft allerdings im Vortheile zu sein schienen, theils weil sie die Mehrzahl bildeten, theils weil ihre Gegner, wenn auch nicht ausschließlich geschichtlich, doch nicht „ungeschichtlich" sein wollten.

Wie wenig noch der alte Streit über die Natur und Behandlung des Rechts beigelegt ist, sieht man unter Anderem aus der akademischen Prolusion Maurenbrecher's, *de auctoritate prudentum* (Bonn, 1839), worin derselbe die Ansicht, daß das positive Recht in den Meinungen der Juristen sein Beruhen habe (vergl. Band I. S. 35 dieser Zeitschrift), auf's Neue vertheidigt, und aus der letzten Schrift des Prof. Gans: über die Grundlage des Besitzes (Berlin, 1839), worin die philosophische Deduction des Rechtsbegriffs für die behandelte besondere Frage in Anspruch genommen und dem römischen Rechte nur insofern eine Stimme eingeräumt wird, „als praktische Köpfe, wie die römischen Juristen, häufig auf das Wahre zurückkommen" (S. 58). Man kann mit der neueren Begründung der Besitzlehre nicht einverstanden sein, ohne darum eine abstracte Theorie an die Stelle zu setzen, welche mit der Praxis nur in einer anderen Art von Widerspruch sich befände. Die Lehre vom Besitz und Eigenthum, so sehr sie einer rationellen Auffassung fähig, ist immerhin positiv genug, um zunächst von dieser Seite erfaßt zu werden. Gans ging davon aus: es gebe in dem Rechte nichts Factisches, das nicht zugleich eine rechtliche Ader in sich habe (S. 14). Allerdings ist jede äußere Thatsache einer rechtlichen Würdigung fähig; aber darum ist eine bloße Thatsache, z. B. der Besitz, noch kein Recht (facta non probant jus. Tertull.); sie kann auch Unrecht sein. Die Aeußerung des besonderen Willens, worin Gans den Rechtsgrund des Besitzes findet, kann diesem so wenig rechtliche Würde verleihen, als, wie Savigny mit Anderen behauptet, die Verbindung des factischen Zustandes mit der Person, — als ob diese mit jenem immer zugleich verletzt würde, und als ob jede factische Verletzung eines Andern ein Unrecht wäre! Daß zum juristischen Besitz außer der Innehabung (corpus)

der Wille zu besitzen (animus) gefordert wird, hängt nicht mit dem unsichern Grundsatze der Willkür zusammen, sondern hat seinen natürlichen Grund darin, daß ohne Willen keine Handlung, also auch keine Besitzhandlung möglich ist. Also der Besitz, mit Einschluß des animus possidendi, ist vor der Hand nur etwas Thatsächliches, und die Frage, ob derselbe rechtlich, ist damit nicht entschieden. Auch die Prärogative aus dem Besitzstande nach positivem Recht,[1] oder die Formel: beati possidentes, erklärt sich nicht aus einer Billigung des besonderen, vielleicht unrechtlichen Willens, welche den Gesetzen zu Grunde liegen soll, sondern aus der, auch vom gesetzgeberischen Standpunkte wohl zu rechtfertigenden, praesumtio dominii, welche in dem deutschen Rechte noch weiter geht, als in dem römischen, und dort namentlich auf den Grundsatz: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet (s. jedoch Gaupp, Gewere des deutschen Rechts in dieser Zeitschr. I. S. 121 f. 129) beschränkend eingewirkt hat.

Gans war der Erste, welcher die Hegel'sche Philosophie in das positive Recht einzuführen gesucht hat (s. sein Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung). Nach ihm machte denselben Versuch Christiansen (die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte, 1. Bd. 1838) und neuerdings Kierulff (Professor der Rechte zu Kiel), Theorie des gemeinen Civilrechts (1. Bd. Altona, 1839). Nach der letztern Schrift (S. 3) ist das Recht nur zu begreifen „als das Recht eines bestimmten historisch wirklichen Staats, und außer dem positiven gibt es keines." Hier geht der Verf., wie viele Schüler Hegel's, über den Meister hinaus, welcher allerdings den Begriff des Rechts als gegeben voraussetzte, aber nicht bloß in einem bestimmten Staate gefunden haben wollte, vielmehr gegen die historische Schule gerade aus dem Grunde ankämpfte, weil sie das Wesen des Rechts oder den an sich giltigen Begriff außer Augen lasse, „das Relative an die Stelle des Absoluten, die äußerliche Erscheinung an die Stelle der Natur der Sache setze" (Naturrecht S. 9—14). Was der Verf. in der vorausgeschickten allgemeinen Einleitung sagt, ist zum Theil ganz schön und gut: „das Bedürfniß und Verlangen der Gegenwart ist nicht, daß irgend ein unerhörtes Recht neu ersonnen und aufgestellt werde, sondern daß die Vielheit des Rechts, welches wir schon haben, eine Einheit und dadurch Einfachheit und Klarheit werde" (p. XXI.). Aber wie stimmt hiermit, wie mit der Ansicht, daß die gemeine Rechtstheorie das gegenwärtig zur Anwendung kommende Recht zu erfassen habe, gleichviel ob ihre ursprüngliche Quelle das Justinianeische oder kanonische Rechtsbuch, deutsche Gesetzgebung oder Praxis sei, überein, wenn der Verf. in seinem Systeme bloß römisches, zum Theil ganz unpraktisches Recht (z. B. in der Lehre von der Infamie) und Naturrecht willkürlich unter einander mischt, ohne alle Rücksicht auf deutsches Recht, welches doch wohl in dem einheitlichen Rechte der Ge-

genwart begriffen und nicht blos als eine Theorie der Particularrechte (!) anzusehen ist.

Der gewiß erlaubte Wunsch, das Privatrecht auf eine natürlichere Gestalt zurückzuführen, hat noch eine andere, kleinere Schrift veranlaßt, welche als Zeichen der Zeit hier Erwähnung verdient:

> Das System des Privatrechts, aus der Natur der Sache entwickelt und in seinen Grundzügen im Hinblick auf das römische Civilrecht, dargestellt von J. E. G. Kirstetter, Rechtspracticant, Würzburg, 1839 (Selbstverlag).

Die Form dieser Schrift, welche nicht für das natura duci des Verfassers spricht, wird Vielen so anstößig erscheinen, als der Zweck derselben, die Lehrsätze der Schule, welche er zuweilen mißversteht, verdächtig zu machen. Aber es läßt sich nicht verkennen, daß der Naturalismus den Verf. mitunter zu begründeten Zweifeln geführt hat, z. B. wenn er meint, daß die Absicht der Vertragenden im Zweifel nur auf diligentia in concreto gerichtet sei (S. 57) („denn die Intention desjenigen, der bei einem Raphael ein Gemälde bestellt, ist auf etwas ganz Anderes gerichtet, als die desjenigen, der zu einem gewöhnlichen guten Maler geht"), nicht wie nach römischem Recht auf gemeinen Fleiß (diligentia in abstracto), welches Letztere auch Particularrechten, z. B. dem württembergischen (s. mein Privatr. §. 132), entgegen ist.

Verwandt mit dem Streite über die Rechtsschulen, welcher auch in dieser Zeitschrift (Bd. I. S. 27 f.), in der Vierteljahrsschrift (von Warnkönig) und in den Hallischen Jahrbüchern (von Bluntschli) erörtert worden, ja die Veranlassung desselben ist die Frage über die Codification (zu deutsch: Gesetzbuchmacherei). Auch hierüber haben sich wieder mehrere Stimmen vernehmen lassen:

> Etwas zur Beruhigung für fehlgeschlagene Hoffnungen auf baldige Einführung neuer deutscher Gesetzbücher, von W. H. Puchta, Landrichter in Erlangen, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XIII, Nr. 6.

Der Verfasser ein vieljähriger geachteter Praktiker, dem auch das deutsche Recht geschätzte Erörterungen verdankt, hält es für kein Unglück, daß bürgerliche Gesetzbücher nicht überall zu Stande gekommen, weil unsere Landstände nicht zur Gesetzgebung in juristischen Dingen geeignet, weil die Lücken in unserem gegenwärtigen Rechte nicht so sehr groß und jedenfalls durch neue Gesetzbücher nicht zu beseitigen seien. Alles dieß beweist unseres Erachtens zu viel; denn, wenn der Antheil des Volkes an der Gesetzgebung verderblich auf diese wirken soll, wie kommt es, daß dem Verf. dennoch das heutige Recht genügt, welches unter jener Mitwirkung vielfach ausgebildet worden? Auch wir könnten seltsame Dinge aus ständischen Berathungen anführen (als in einer gewissen Kammer die Aufhebung des Macedonianischen Rathschlusses beantragt worden, ward dieser Antrag von einem Mitgliede mit dem Ausrufe unterstützt: wir sind

keine Macedonier!); aber hat nicht die Rechtsunwissenheit vieler, selbst gebildeter Mitglieder unserer Kammern (an Juristen fehlt es darin nicht) eben in der Verbildung unseres Rechts ihren Grund, welche Thibaut so bezeichnend geschildert hat? Und ist das römische Recht besser geworden, seit die Constitutionen dasselbe schufen, das deutsche Recht, als man die Landstände nicht mehr einberief?

Ueber römisches Recht und neue Gesetzgebung von Dr. M. S. Mayer, Prof. Tübingen, bei Osiander.

Der Verfasser, obgleich von der Vortrefflichkeit des römischen Rechts überzeugt, das in diesem Augenblick von ihm wieder mit einer gelehrten Arbeit über das Erbrecht bereichert worden, ist doch so billig, zugegeben, daß die Beibehaltung desselben als eines formell giltigen Rechts manches Bedenkliche habe, und daß unser Zeitalter so gut als ein früheres befugt sei, sich sein Recht nach seiner Ueberzeugung und seinem Bedürfnisse zu setzen (S. 24 f.). Deshalb wünscht er ein Rechtsbuch in deutscher Sprache und für das gesammte Vaterland, und zwar nicht bloß über das Privatrecht, auch über Strafrecht und Proceß. Diese Ansicht unterscheidet sich von der Thibaut'schen dadurch, daß der Verfasser nicht wie Thibaut (1815) ein bürgerliches Gesetzbuch, sondern ein Rechtsbuch für Deutschland wünscht, wobei freilich das vorgeschlagene Mittel: ein Verein juristischer Notabilitäten aus allen Gauen Deutschlands, auf so manche Schwierigkeiten stoßen dürfte, als die allgemeine Aufnahme des Rechtsbuchs bei den Gerichten. Referent hat deshalb in einer schon vor eilf Jahren erschienenen Schrift über das Bedürfniß unserer Zeit in der Gesetzgebung (Stuttgart und Tübingen, 1828, bei Cotta), welche verwandte Ansichten ausspricht, mit einem anderen Antrage sich begnügt, nämlich auf Errichtung von Landrechtsbüchern, welche auf ähnliche Weise, wie die Rechtsbücher des Mittelalters, das provinzielle, und selbst ein weiter gehendes, wissenschaftliches Bedürfniß befriedigen würden. Zu eigentlichen Civilgesetzbüchern glaubten auch wir die Zeit nicht gekommen, nicht aus dem Grunde Savigny's (über den Beruf unserer Zeit in der Gesetzgebung), weil wir im römischen, sondern weil wir im deutschen Rechte noch nicht hinreichend zu Hause sind, um eine für Jahrhunderte taugliche Gesetzgebung darauf zu gründen.

III. Quellen des deutschen Rechts und dessen Geschichte.

Die Quelle des heutigen formell gemeinen Rechts in den Bundesprotokollen ist seit geraumer Zeit der Wissenschaft verschlossen, und keine Aussicht vorhanden, sie in der nächsten Zeit wieder eröffnet zu sehen. Eine Folge davon ist, daß selbst die Lehrer des vaterländischen Rechts an den Hochschulen, wenn sie nicht aus Zeitungsartikeln schöpfen wollen, genöthigt sind, auf eine erschöpfende Er-

örterung des Bundesrechts zu verzichten. Zwar ist öffentlichen Blättern zufolge eine neue Auflage des Corpus Juris Confoederationis Germanicae von Guido v. Meyer (Frankfurt, 1822, 2 Thle) zu erwarten, welche unter dem Titel: „Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des deutschen Bundes" als eine, von dem Bunde autorisirte Sammlung erscheinen, und worin auch die Aufnahme vieler noch geheimer Beschlüsse (die Entscheidungen in den hannöverischen Angelegenheiten nicht) gestattet sein soll. Allein wenn nicht auch die vorausgehenden Abstimmungen in der ursprünglichen Weise wieder mitgetheilt, und wenn selbst wichtige Entscheidungen zurückgehalten werden, so ist damit dem Bedürfnisse nicht abgeholfen.

Um so sehnsüchtiger wendet sich jetzt der wissenschaftliche Forschungsgeist einer reichen Vergangenheit zu, welche, je weiter wir in ihrer Erkenntniß fortschreiten, um so hellere Lichtseiten darbietet, und welche wenigstens den Vorzug vor der Gegenwart hat, daß das Recht der Nation öffentlich gepflegt und dadurch eine freie Ueberlieferung möglich gemacht wurde.

Von den *Monumenta Germaniae historica* (ed. Pertz) ist ein neuer Band: Tomus V. scriptorum Tom. III. erschienen (Hannoverae 1839), worin eine Reihe von Chroniken aus der Zeit der ältesten sächsischen Kaiser (919—1024) mitgetheilt wird, namentlich die wichtigen Annales Hildesheimenses, welche mit den Quedlinburger Annalen und den Annales Lamberti zusammengestellt sind.

Eine spätere Zeit beleuchten:

Acta Henrici VII. Imp. et Monumenta quaedam alia medii aevi ed. G. *Doenniges*. Pars I.

Diese mit Unterstützung der berliner Akademie der Wissenschaften gedruckte Sammlung umfaßt eine Anzahl von Manuscripten, welche vor zwei Jahren in italienischen Archiven gefunden worden und für deutsche Staats- und Rechtsgeschichte von großem Werthe sind.

Regesta Imperii inde ab anno MCCCXIII usque ad annum MCCCXLVII. Von Joh. Fr. Böhmer. Frankf. am M.

Dieses Werk schließt sich an die früheren Kaiser-Regesten Böhmer's an und enthält die Urkunden König Ludwig's des Baiern, Friedrich's des Schönen und Johann's von Böhmen, nebst einer Auswahl der Briefe und Bullen der Päpste und anderer für die Geschichte Deutschlands von 1314—1347 wichtiger Urkunden im Auszuge.

Der

Anzeiger für Kunde der deutschen Vorzeit, herausgegeben von Fr. J. Mone (Karlsruhe, bei Chr. Th. Groos),

hat in der Vorrede zum Jahrg. 1839 seinen Abgang auf das Ende dieses Jahres angekündigt, und auch dieses kurze Dasein nur durch freisinnige Unterstützung des Herrn Fürsten von Fürstenberg gefristet. Wir bedauern innig das Ende einer Zeitschrift, welche dem verdienten Herausgeber Gelegenheit gegeben hat, die ihm zu Gebot gestandenen reichen Fundgruben mit geschichtlicher Gelehrsamkeit

auszubeuten, und können nur wünschen, daß Andere, die sich im Besitze ähnlichen Materials für die Geschichte befinden, dasselbe auf gleich uneigennützige Weise dem Publikum zueignen möchten.

Obgleich für die Herausgabe von Rechtsbüchern des Mittelalters lange zuvor schon gearbeitet worden, ehe noch an eine Dogmatik des deutschen Rechts gedacht wurde, so ist doch für jenen Zweck und namentlich für Kritik der Quellen noch sehr viel zu thun. Das letzte Jahr hat indessen wieder mehreres Ersprießliche zu Tage gefördert, unter Anderem eine neue längst erwartete Ausgabe des Schwabenspiegels:

Der Schwabenspiegel, oder schwäbisches Land- und Lehenrechtbuch, nach einer Handschrift vom J. 1287. Herausgegeben von Dr. F. L. A. Freiherrn v. Laßberg. Mit einer Vorrede von Dr. A. L. Reyscher. Tübingen, 1840, bei L. F. Fues.

Merkwürdig ist diese Ausgabe besonders dadurch, daß die ihr zu Grunde liegende, bis jetzt bekannte älteste Handschrift, Eigenthum des Freiherrn Joseph von Laßberg zu Meersburg, die Zeit ihrer Entstehung mit deutlichen Worten in das Jahr 1287 setzt, womit auch das Alter des Textes und die Sprache und Schreibung desselben übereinstimmen. Einige Lagen des, leider nicht vollständig wieder aufgefundenen Manuscripts sind ergänzt durch den nahezu gleich alten züricher Codex, welcher von Finsler in Falk's Eranien, Heft 2, beschrieben ist. Außer dem Rechtsbuche enthält die Ausgabe ein Verzeichniß von 197 Handschriften des Schwabenspiegels, eine Collation der wichtigsten Handschriften und Ausgaben und eine Vorrede, worin Verfasser dieses das von dem verstorbenen Herausgeber zurückgelassene Werk mit einigen einleitenden Bemerkungen begleitete.

Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing. Nach fünf münchner Handschriften. Ein Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels. Von G. Lud. v. Maurer. Stuttgart und Tübingen, 1839. Cottaische Buchhandlung.

Das zuerst von Westenrieder nach einer Handschrift des münchner Stadtarchivs edirte Rechtsbuch Ruprechts von Freysing erscheint hier in einer vollständigeren und kritischen Ausgabe, mit einer Vorrede, worin zu beweisen gesucht wird, daß das unter dem Namen Freysing's bisher bekannte Rechtsbuch blos für die Stadt, ein anderes, Anfangs getrenntes, später mit jenem verbundenes Rechtsbuch aber für das Land Freysing ausgearbeitet worden sei. Zu dieser Entdeckung wurde Herr v. Maurer geführt durch die Einsichtnahme von 4 Manuscripten der münchner Hof- und Centralbibliothek, von welchen zwei außer dem Westenrieder'schen Coder noch ein weiteres Rechtsbuch enthalten, das, wie der Herausgeber vermuthet, für das stiftische Land bestimmt gewesen und ebenfalls

von Ruprecht verfaßt sein soll. (Vorrede §. 39—40). Der Herr Herausgeber hat seinem Abdrucke die neueste Handschrift von 1473 zu Grunde gelegt, welche im ersten Theile („im ersten Rechtpuech") das Landrecht, im zweiten („ander Rechtpuech") das Stadtrecht enthält; und gewiß hat er damit einen sehr wichtigen Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels geliefert, welcher beiden Rechtsbüchern, vorzugsweise aber dem ersten, zu Grunde liegt. Indessen möchte die Einheit dieser Rechtsbücher und hinwieder ihre getheilte Bestimmung für Land und Stadt gerechtem Bedenken unterliegen. Das Landrechtsbuch ist nämlich, wie der Herausgeber selbst anerkennt, nichts Anderes, als eine Recension des schwäbischen Landrechts, und da dieses bekanntlich sehr oft in Verbindung mit Stadtrechten vorkommt, so haben wir dabei an ein besonderes Rechtsbuch für das Land Freysing nicht nothwendig zu denken. Ebensowenig möchte es mit der Urheberschaft Ruprechts in Absicht auf das Landrechtsbuch seine Richtigkeit haben; denn wenn schon auch dieses dem Meister Ruprecht im Register der Handschrift von 1473 zugeschrieben wird, so streitet doch dagegen die notorische Uebereinstimmung desselben mit dem Schwabenspiegel, und die von Herrn v. Maurer selbst eingeräumte Thatsache, daß ursprünglich beide Rechtsbücher getrennt gewesen. Auch die Abweichungen vom Schwabenspiegel im ersten Rechtsbuche können Ruprecht nicht zugeschrieben werden, der ja schon im zweiten Rechtsbuche eine Bearbeitung des Schwabenspiegels lieferte, und gewiß die vielen Wiederholungen in demselben vermieden haben würde, wenn er auch das erste verfaßt hätte. Der Schwabenspiegel bestand vielmehr ursprünglich für sich in irgend einer Recension auch in den Händen des Stadtgerichts zu Freysing, welche aber für das Bedürfniß der Stadt theils zu viel, theils zu wenig bot und daher von Ruprecht auf die im zweiten Buch bemerkbare Weise modificirt wurde. Auch jetzt mochte man übrigens jenes berühmte Rechtsbuch nicht ganz missen, und zog es also wieder herbei, jedoch abermals mit Auslassung einzelner Stellen, deren immer mehrere wurden, je weiter man sich überzeugte, daß dieselben bereits in dem Ruprecht'schen Buche benützt seien. Daß das Lehenrecht nicht in die Handschriften des letztern übergegangen, möchte endlich nicht als ein Beweis für das hohe Alter des von Ruprecht benutzten Textes (S. 92) anzusehen sein; denn dasselbe findet sich schon in den ältesten Texten des Schwabenspiegels, vielmehr dafür, daß jene Handschriften mit Einschluß des Landrechtsbuchs blos zum Gebrauche des Stadtgerichts bestimmt gewesen. Auffallend ist übrigens, daß Westenrieder, abgesehen von andern Irrthümern, welche ihm nachgewiesen werden (§. 4 und 5), nicht nur ohne allen Grund das ganze zweite Buch seiner Ausgabe Lehenrecht nennt, sondern auch in den Text desselben Manches aufgenommen hat, was, wie Herr v. Maurer behauptet, durchaus nicht zu finden ist. (Vorr. §. 4 u. 25.)

Das alte lübecker Stadtrecht, zu unterscheiden von dem zuerst im Jahre 1586 erschienenen sogenannten revidirten Stadtrecht, hat längst die Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Gegenwärtig liegt vor uns eine neue Ausgabe:

Das alte lübische Recht, herausgeg. von Dr. J. Fr. Hach, Rath beim Oberappellationsgerichte der vier freien Städte. Lübeck, 1839, bei v. Rohden.

Wir erhalten hier zwar nicht den Urtext, welcher von Westphalen schon edirt ist, und bis in die Zeit Heinrichs des Löwen hinaufreichen dürfte, wohl aber den demselben im Alter am nächsten kommenden sogenannten danziger, jetzt göttinger Codex, und außerdem zwei deutsche Recensionen, wovon die ältere in das Jahr 1294 gehört. Daß die danziger, schon von Dreyer mitgetheilte Handschrift hier wieder abgedruckt ist, wird mit deren Wichtigkeit und der Ungenauigkeit des früheren Drucks entschuldigt. Die Abweichungen derselben, so wie der beiden deutschen Handschriften von früheren und späteren Codices sind angegeben; auch ist in einer vierten Abtheilung alles dasjenige zusammengestellt, was in den anderen schon gedruckten lübischen Rechtsbüchern weiter sich findet, so daß man hier alles beisammen findet, was sonst von dem alten lübischen Rechte in seinen verschiedenen Formen bereits abgedruckt ist. Dem Ganzen voran steht eine Einleitung, worin der Herausgeber über die Entstehung des lübischen Rechts und seiner verschiedenen Aufzeichnungen sich ausführlich äußert.

Für die Geschichte des lübischen Rechts gibt ferner einen wichtigen Beitrag: Michelsen, der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtssprüche (Altona, 1839).

Das alte bamberger Recht als Quelle der Carolina. Nach bisher ungedruckten Urkunden und Handschriften zuerst herausgegeben und commentirt von Dr. H. Zöpfl, Prof. der Rechte zu Heidelberg. Heidelberg, 1839, bei Karl Groos.

Das Buch leistet mehr, als es verspricht. Es wird nämlich darin nicht blos auf das Stadtrecht von Bamberg, aus dem 14. Jahrhundert als Quelle der *Bambergensis* und *Carolina* aufmerksam gemacht, sondern auch durch den Abdruck des alten bamberger Statuts und anderer, bis jetzt ungedruckter Rechtsurkunden, und durch die beigefügte systematische Bearbeitung dieser Quellen eine Einsicht in die Stadtverfassung und in das vielfach wichtige Privatrecht Bambergs eröffnet, wofür die Freunde des deutschen Rechts dem Verfasser vielen Dank schuldig sind. Zwar besitzen wir bereits eine kleine Schrift über das bamberger Particularrecht, betitelt: Libellus consuetudinum Principatus Bambergensis, Auctore Justo *Veracio* (1681 und 1733); allein nicht nur scheint dem Verfasser derselben das geschriebene bamberger Stadtrecht lediglich unbekannt gewesen zu sein, sondern es wurden auch gerade durch dieses pseudonyme Werkchen, welches als eine der ältesten

Bearbeitungen deutscher Particularrechte von besonderem Interesse ist, manche irrthümliche Ansichten über deutsche Rechtsverhältnisse, z. B. über die eheliche Gütergemeinschaft, über die Einkindschaft, in Gang gebracht, von denen der Verfasser jetzt nachweist, daß sie dem alten bamberger Rechte völlig fremd und erst durch die romanisirenden Juristen allmälig in die Praxis und zuletzt in das bamberger Landrecht von 1769 übergegangen sind. Bei der Ausgabe des alten Stadtrechts, dessen Abfassungszeit sich nicht genau ermitteln läßt, ist eine Handschrift aus dem Ende des 15. Jahrhunderts zu Grunde gelegt, zugleich aber auf eine Anzahl anderer Codices Rücksicht genommen, deren Abweichungen angegeben sind. Die älteste vorhandene Handschrift ist aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, vor welcher jedoch die eben genannte jüngere nicht bloß den Vorzug leichterer Zugänglichkeit, sondern auch größerer Vollständigkeit hat. Es fehlen nämlich in jener die ersten 80 Blätter.

Außer den Stadtrechten sind für die Kenntniß des Rechts im Mittelalter bekanntlich von großem Werthe die Aufzeichnungen der Gewohnheiten des Landvolks in den Weisthümern und Dorfstatuten. J. Grimm, welcher zuerst in den deutschen Rechtsalterthümern auf den Umfang und Reichthum dieser Quelle hinwies, hat eine Sammlung von Weisthümern in 2 Bänden versprochen, welche, wie wir hören, im Drucke ist. (Göttingen, bei Dieterich.) Eine Sammlung württemberger Statutarrechte (1. Band Tübingen, 1834), welche eine große Anzahl von Ortsrechten, die bis zur Abfassung des Landrechts (1555) in Uebung waren, und namentlich sämmtliche im J. 1552 eingeschickten Berichte der Aemter über Erb- und andere Gebräuche mitzutheilen bestimmt war, konnte der guten Aufnahme ungeachtet, welche sie bei den Ersten des Fachs gefunden, aus Rücksichten, welche zu überwinden dem Referenten bisher unmöglich gewesen, nicht fortgesetzt werden. Allein nach der Erfahrung, welche Referent bei Bearbeitung des württembergischen Privatrechts über den Nutzen jener Sammlung gemacht hat, müssen wir mit Eichhorn (Hallische allgemeine Litteratur-Zeitung, 1834, Nr. 182) aufrichtig wünschen, daß Sammlungen dieser Art, welche keine Landesgesetze, sondern solche Urkunden aufnehmen, welche zunächst nur örtliches Recht betreffen, in der That aber die wichtigsten Aufschlüsse über die ursprüngliche Bedeutung und die allmälige Fortbildung der particulären Rechte geben, wo möglich auch anderwärts unternommen werden, da durch sie erst der Rechtszustand in den einzelnen Ländern vor Aufnahme des fremden Rechts und vor den authentischen Landrechten erkannt wird.

Endlich verdient hier noch genannt zu werden eine so eben erschienene neue Ausgabe der sogen. Assisen von Jerusalem, als eines der merkwürdigsten Ueberbleibsel des germanischen Mittelalters:

Les Livres des Assises et des Usages du Royaume de Jerusalem, s. Leges et Instituta Regni Hierosolymitani,

primum integra ex genuinis depromta codicibus mss. adjecta lectionum varietate cum glossario et indicibus ed. E. H. *Kausler*. Vol. I. Stuttgardiae, 1839, ap. Ad. Krabbe.

Zwar ein Rechtsbuch des Königreichs Jerusalem, welches in dem Titel dieses berühmten Werkes versprochen wird, ist hier nicht zu erwarten, sondern, wie dieß auch der Eingang der münchner Handschrift zu erkennen gibt, ein Rechtsbuch des Königreichs Cypern (woher auch die sämmtlichen bis jetzt bekannten Handschriften stammen), dessen Inhalt sich jedoch wahrscheinlich anschließt an die ersten Einrichtungen des Königreichs Jerusalem, und in den Ueberresten dieses Königreichs, namentlich auf der Insel Cypern, weiter ausgebildet worden. Eine ältere Redaction, welche unter Amauri, König von Cypern und Jerusalem (1197) stattgefunden haben soll, wurde bisher für verloren gehalten und eine andere vom J. 1369, welche der venetianischen Handschrift vom J. 1436 zu Grunde liegt, als die einzig übrig gebliebene angesehen. Dies war namentlich die Ansicht von Pardessus, welchem die in der münchner Bibliothek aufbewahrte Handschrift der basse cour (s. Aretin's Beiträge zur Geschichte und Litteratur, Band IX. S. 1286 ff.) nicht bekannt gewesen zu sein scheint. Wenn es übrigens wahr sein sollte, worüber der Herausgeber sich noch nicht ausgesprochen hat, daß die letztere Handschrift dem Jahre 1320 angehört, so müßte zum mindesten eine dritte Redaction der basse cour angenommen werden, welche in die Mitte jener beiden fiele. Die einzige Ausgabe der Assisen, welche bisher existirte, war die von La Thaumassière vom J. 1690. Sie enthält aber nur einen Theil der Assisen (die haute cour = cour des barons), der andere, für das Civilrecht wichtigere Theil (cour des bourgeois) ist weggelassen, und auch jener erste Theil lückenhaft und ungenau. Außerdem existirt noch eine italienische Uebersetzung bei Canciani.

Pardessus hatte früher (1834) in einem der französischen Akademie vorgelesenen Memoire den Plan einer neuen Ausgabe der Assisen entwickelt, gegen welchen der Verf. dieses in den Heidelberger Jahrb. der Litter., 1835, Heft 3, S. 241, sein Bedenken äußerte. Seither ist jene Ausgabe von der Akademie einem andern Mitgliede (M. Beugnot) übertragen worden, der jedoch bis daher nichts bekannt gemacht hat. Dagegen hat, fast gleichzeitig mit Pardessus, Hr. Archivrath Kausler in Stuttgart eine vollständige Ausgabe der ganzen Assisen unternommen, wovon nunmehr die Cour basse nach der münchner und venetianer Handschrift vorliegt (letztere steht unter dem Texte, der aus der ersteren genommen ist). Der zweite Band wird das Rechtsbuch des oberen Gerichtshofs, der dritte andere Stücke, welche an die Assisen, ähnlich wie an die deutschen Rechtsbücher, sich anschlossen, als die clef des Assises, le livre du plaidoyant und ein zugleich als Wörterbuch dienendes Register enthalten. Die Abweichungen der italienischen Uebersetzung und

anderer bis jetzt unvollständig gedruckter Handschriften sind in Anmerkungen zusammengetragen, so daß durch diese vergleichende kritische Ausgabe die bereits vorhandenen stückweisen Drucke entbehrlich werden. Der Druck ist sehr schön und genau. Indessen ist dem Verf. bereits ein anderer Unternehmer, Victor Foucher, avocat général zu Rennes, vorausgeeilt. Dieser hat eine Abschrift, welche der verstorbene Klimrath von dem Msc. zu Venedig genommen, in Verbindung der bereits gedruckten italienischen Uebersetzung herauszugeben angefangen, und sich dadurch eine Reihe erheblicher Ausstellungen zugezogen, welche Fölix in einem Briefe Kausler's in seiner Revue étrangère et francaise de législation et d'économie politique, 6. Jahrgang S. 389, hat abdrucken lassen, worauf Foucher in derselben Zeitschrift S. 460 sehr ausweichend antwortete. Kaum ist zu bemerken nöthig, daß die Assises im Mittelalter nicht die heutige Bedeutung hatten, sondern dasselbe waren, was unsere früheren Landtage, Landgerichte (s. französischer Schwabenspiegel, Th. I. S. 166 dieser Zeitschrift: „per les assises dou pays, que nos appellons lanttag."). Daher sind in dem vorliegenden Rechtsbuche nicht blos strafrechtliche, sondern auch und vorzugsweise civilrechtliche Bestimmungen zu finden, wobei bereits ein großer Einfluß des römischen und kanonischen Rechts sich nicht verkennen läßt.

Außer diesen Quellen-Ausgaben, welche zunächst nur für die Kenntniß des alten Rechts Werth haben, sind auch die Sammlungen und Editionen neuerer Particularrechtsquellen zu berücksichtigen, da die materielle Einheit, worauf die Idee eines gemeinen Rechts in Deutschland beruht, nicht mit dem Zeitpunkte der Aufnahme des römischen Rechts abgeschlossen ist, sondern auch jetzt noch in den verschiedenen Versuchen der Landesgesetzgebungen auf ähnliche Weise hervortritt, wie früher in Form particulärer Rechtsbücher und Gewohnheiten. Wenn nun aber das System des heutigen deutschen Rechts zunächst anzuschließen ist an die neueren Quellen, so ist freilich sehr zu beklagen, daß für die Kenntniß der letzteren verhältnißmäßig noch sehr wenig geschehen ist. Die alphabetischen Repertorien, womit in mehreren Staaten, namentlich Preußen, Sachsen, noch ganz neuerlich die Masse der vorhandenen Gesetze zu beherrschen gesucht worden, ist für das wissenschaftliche Bedürfniß unbefriedigend, weil sie keinen Ueberblick über den historischen Entwickelungsgang des Rechts und selbst keine Einsicht in den Zusammenhang der einzelnen Gesetze verleiht, welche dabei nothwendig zerstückelt werden. Ebenso wenig befriedigend sind die systematischen Zusammenstellungen, welche anderwärts, namentlich in Baiern versucht worden, da sie der Dogmatik vorgreifen und die auszulegenden Gesetze nicht in ihrer authentischen Form, sondern in der doctrinellen Auffassung des Bearbeiters wiedergeben, welche natürlich keine bindende ist. Selbst wenn man die Systematik des Gesetzgebers vorherrschen und nach der gegebenen Ordnung die späteren Gesetze in

möglichst getreuer Form folgen läßt, wie dieß bei den Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher von Graff u. And. der Fall ist, wird doch, sofern der Gesetzgeber nicht dem alten Schematismus in späteren Erlassen treu bleibt, eine Trennung der letzteren je nach ihrem verschiedenen Inhalte nothwendig, und überdieß die ganze Sammlung schwerfällig und ungenießbar.

Der Verfasser dieses hat im Gefühle des hier stattfindenden Bedürfnisses (s. Vorrede zum 1. Bd.) eine „vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung" der württembergischen Gesetze veranstaltet, wovon bis jetzt (1828—1839) folgendes erschienen ist:

Staatsgrundgesetze, Bd. I—III von dem Herausgeber.

Gerichtsgesetze (Privatrecht, Strafrecht, Proceß) vom Rechtsconſ. Riecke. Bd. IV—VII, und vom Secr. Kappler VIII. Bds. 1. Abthlg.

Kirchengesetze a) protestantische, Bd. IX u. X vom Diac. Eisenlohr.

b) katholische, Bd. XI vom Prof. Lange.

Schulgesetze, von Eisenlohr Bd. XII, 1. Abthlg. (Volksschulgesetze).

Finanzgesetze, von Dr. Rud. Moser Bd. XVI. 1. Abth. Bd. XVII.

Rückständig sind noch die Sammlungen der Regierungs- und der Kriegs-Gesetze, und der Schluß von den Gerichts-, Schul- und Finanzgesetzen.

Eine ähnliche Gesetzsammlung ist späterhin für Anhalt-Bernburg angelegt und in 4 Bänden (Bernburg 1832—1834) beendigt worden, nämlich 1. Bd. Staatsgrund-, Gerichts-, Kirchen- und Schul-Gesetze von 1720—1832; 2. u. 3. Bd. Regierungs-Gesetze von 1721—1832; 4. Bd. Finanz- und Kriegs-Gesetze von 1734—1832 und im Anhang die gesetzlichen Verordnungen v. 1833 bis März 1834.

Auch das Großherzogthum Meklenburg-Schwerin besitzt jetzt eine neue vollständige Sammlung vom Anbeginn der Thätigkeit der Gesetzgebung bis zu Anfang des 19. Jahrhunderts, auf ähnliche Weise wie oben abgetheilt. 5 Bde. Wismar 1834—1839, nämlich:

1. Bd.: Umfassende ältere Verordnungen mannigfaltigen Inhaltes; Hof- und Regierungssachen.
2. Bd.: Gerichtsordnungen und Creditgesetze.
3. Bd.: Proceß- und Justizgesetze.
4. Bd.: Kirchen- und Schulgesetze.
5. Bd.: Forst-, Jagd-, Cameral- und Medicinalgesetze.

Von speciellen Sammlungen, welche im letzten Jahre erschienen sind, ist zu erwähnen: die alphabetisch-chronologische Zusammenstellung der preußischen Kirchen- und Schul-Gesetze von Fürstenthal (4 Bde.).

Die Sammlung agrariſcher Geſetze des preußiſchen Staats von E. G. W. Dantz enthält in 4 ſyſtematiſchen Abtheilungen vielfach Bekanntes und Gedrucktes, z. B. die ganze Hypotheken-Ordnung. Ein ſ. g. rheiniſches Ruralgeſetzbuch von M. Pickhardt gibt eine Ueberſetzung der von der Akademie der Induſtrie, des Ackerbaus und Handels zu Paris 1836 bekannt gemachten Zuſammenſtellung der auf das Forſt-, Jagd- und Fiſchereiweſen, der Polizei und des Proceſſes Bezug habenden Geſetze, unter Hinweiſung auf die ſeit 1814 in den Rheinprovinzen ins Leben getretenen Beſtimmungen. Endlich kann noch bemerkt werden: Handbuch aller ſeit 1560 bis auf die neueſte Zeit erſchienenen Forſt- und Jagd-Geſetze des Königreichs Sachſen von H. B. Schmidt. 1. Th. (Forſtgeſetze).

Die deutſche Reichs- und Rechtsgeſchichte hat in dem verwichenen Jahre keine Bearbeitung gefunden. Dagegen iſt für die Rechtsgeſchichte einzelner Theile von Deutſchland Manches geſchehen. Wir nennen hier beiſpielsweiſe die Mittheilungen zur Erläuterung der braunſchweigiſchen Geſchichte und Geſetzgebung von Bülow, die Geſchichte und Litteratur des württembergiſchen Privatrechts von Wächter (1. Abth.).

Von Fortſetzungen früherer Werke iſt zu nennen: P. Wigand, Wetzlar'ſche Beiträge für Geſchichte und Rechtsalterthümer, Heft 3 (enthält unter Anderem Mittheilungen über den Büchernachdruck im 16. Jahrhundert); v. Freyberg, pragmatiſche Geſchichte der baieriſchen Geſetzgebung und Staatsverwaltung ſeit Maximilian I., Bd. IV (hiſtoriſche Einleitung in die ſtaatsrechtliche Geſetzgebung und Verwaltung des 17. u. 18. Jahrhunderts); Warnkönig, flandriſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Bd. III. Abth. 2 (Urkundenbuch zu der noch zu erwartenden 1. Abthlg.); Bluntſchli, Staats- und Rechtsgeſchichte der Stadt und Landſchaft Zürich, 2. (u. letzter) Theil.

IV. Privatrecht.

Wenn man die Lehrbücher des deutſchen Privatrechts mit denen des römiſchen vergleicht, ſo kann man leicht in die Verſuchung kommen, dem erſteren den Charakter einer ſelbſtſtändigen Disciplin abzuſprechen, da wenigſtens die Form der Wiſſenſchaft, das Syſtem, ihm nicht aufgeprägt iſt. Auch geben ſchon die Bezeichnungen: Einleitung in das deutſche Privatrecht, Grundſätze des d. P. R. zu erkennen, daß man es hier nicht mit einer abgerundeten Lehre, ſondern allenfalls mit einer Einleitungs-„Doctrin" oder einem Aggregate wiſſenſchaftlicher Lehrſätze zu thun habe. Geht man alsdann näher auf den Inhalt ein, ſo findet man nicht nur dieſe Vermuthung beſtätigt, ſondern man iſt auch in dem Falle, ſelbſt an der praktiſchen Wahrheit der aufgeſtellten allgemeinen Sätze zweifeln zu müſſen, ſo

mühselig diese durch die vorausgeschickten geschichtlichen Einleitungen gewonnen zu sein scheinen. Daher die noch häufig unter den Praktikern verbreitete Meinung, daß man sich unter dem deutschen Privatrechte nicht sowohl eine Dogmatik, als vielmehr eine Geschichte des deutschen Rechts, oder eine Einleitung in die Particularrechte (nach Hufelandischer Weise) zu denken habe.

Hierzu kommt, daß in den Zeitschriften für Civil-Recht und Civil-Praxis das deutsche Recht nur selten durch eine eigene Abhandlung vertreten, in den römisch-rechtlichen Untersuchungen aber jetzt kaum mehr als usus modernus berücksichtigt wird. Ist es nach diesem zu verwundern, wenn selbst scharfsinnige Theoretiker den Gehalt des deutschen Rechts verkennend, nur in der Rückkehr zum Buchstaben des römischen Rechts, unter Verwerfung der milderen Praxis, einen juristischen Standpunkt zu gewinnen hoffen, und wenn z. B. Roßhirt in einer Abhandlung, welche wir weiter unten werden kennen lernen, im Ernste vorschlägt, zu dem römischen Unterschiede zwischen benannten und unbenannten Verträgen, contractus und pacta zurückkehren und damit den einfach billigen Grundsatz des heutigen Obligationenrechts: pacta sunt servanda nachträglich dem römischen Formalismus zu opfern?

So viel ist gewiß, daß, wenn wir nicht dem deutschen Rechte eine breitere Grundlage und eine umfassendere Gestalt zu geben vermögen, kurz wenn wir dasselbe nicht aus seiner bisherigen Dürftigkeit erheben, seine Geltung bei den Gerichten und seine akademische Bedeutung stets eine untergeordnete bleiben wird. Doch wir wollten nicht davon reden, was für das deutsche Recht geschehen sollte, sondern was dafür im Laufe des letzten Jahres geschehen ist; und reicher ist dasselbe hier in der That geworden.

Von

Phillips' Grundsätze des deutschen Privatrechts, mit Einschluß des Lehenrechts,

ist die zweite, völlig umgearbeitete, Auflage (Berlin 1838 u. 1839, 2 Bände) jetzt vollendet. Die erste, als Lehrbuch unbrauchbare Auflage ist in der äußeren Form nicht mehr zu erkennen; allein die Grundsätze sind großentheils dieselben geblieben, und auch in der Ausführung hat der Verfasser seine früheren Eigenthümlichkeiten theilweise beibehalten, indem er aus den Begriffen: Freiheit, Vormundschaft, Gewere die dem deutschen Rechte eigenthümlichen Institute hervorgehen läßt und eine jenen Grundbegriffen angepaßte Anordnung vorzieht dem jetzt gewöhnlichen Systeme des römischen Privatrechts. Wir können auf eine Würdigung des ganzen Werkes nicht eingehen und verweisen dießfalls auf die ausführlichen Recensionen Duncker's, in der krit. Zeitschrift 1839, Bd. I. S. 231 f., und Beseler's, in den Jahrb. für wiss. Kritik 1839, Nr. 27 f. Nur die Bemerkung können wir nicht unterlassen, daß die ursprüngliche Eigenschaft eines Rechtsverhältnisses

nicht hinreicht, seine Stellung im heutigen Rechte zu bestimmen, und daß der Zusammenhang des jetzigen Rechtszustandes nicht klarer wird, wenn man, verzichtend auf systematische Durchbildung, durch Zufälligkeiten sich leiten läßt, wie es denn gewiß nicht zu rechtfertigen ist, wenn von den Reallasten im II. Buche die Rede ist, während von den Bauergütern erst im VI. Buche gehandelt wird. Das Ganze zerfällt in VII Bücher, wovon die Lehre von der Standesverschiedenheit allein die drei letzten einnimmt, was dem Werthe dieser Lehre im heutigen Rechte gewiß nicht entspricht. Das Obligationenrecht wird auffallender Weise großentheils im allgemeinen Theile, das Handelsrecht, ein Zweig desselben, im letzten Buche „vom Bürgerstande" (!) abgehandelt. Einzelne Lehren, z. B. von den Ständen, von dem Pfändungsrechte, sind mit besonderer Sorgfalt gearbeitet, während bei anderen, z. B. bei der Lehre von der gerichtlichen Auflassung, von den Realrechten und Reallasten auf die neuere Litteratur nicht gehörig Rücksicht genommen ist.

Auch

Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, mit Einschluß des Lehen- und Handelsrechts, nebst beigefügten Quellen (Göttingen, bei Dietrich),

ist so eben noch in der zweiten, vermehrten und verbesserten Auflage erschienen. Ein Grundriß, welcher sich auf Angabe der Paragraphenfolge, der Litteratur und der Quellen beschränkt, kann natürlich nur in diesen drei äußerlichen Beziehungen betrachtet werden. Indessen wenn auch in der ersten (systematischen) Hinsicht wenig geändert worden, so hat dagegen die neue Auflage durch Nachträge von Quellen-Stellen und Litteratur manche Bereicherung erhalten.

Gründler in Erlangen hat Zusätze und Verbesserungen zu seiner Polemik des germanischen Rechts drucken lassen (Leipzig, bei Melzer).

Einzelne Theile des Privatrechts haben eine ausführliche Erörterung gefunden:

Das Wechselrecht nach den Bedürfnissen des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert, von Dr. Karl Einert, k. sächs. geh. Justizrath. Leipzig, 1839, bei Vogel.

Eine Anzahl von Abhandlungen, welche eine Kritik der Hauptsätze des Wechselrechts enthalten, wobei die französische Gesetzgebung und Litteratur besonders ausgehoben ist. Daß manches Bekannte hier wieder auseinander gesetzt wird, ist weniger auffallend (da das Buch auch für den Kaufmannsstand bestimmt ist), als daß auf die neueren Schriftsteller z. B. Bender, Mittermaier, Pöhls, welche doch auch eine Stimme haben, keine Rücksicht genommen wird. Sollte nicht das ganze Buch schon vor geraumer Zeit geschrieben und das Horazische: nonum prematur in annum auf diese Weise angewendet worden sein? Der Eingang der Vorrede spricht für unsere Vermuthung.

Handbuch des allgemeinen deutschen Gewerbsrechts, mit vorzüglicher Rücksicht auf sächsisches Recht von C. A. Weiske, Hofrath u. Advocat zu Dresden. Leipzig, 1839, bei Schickert.

Dem im vorigen Jahre erschienenen Handbuche des allgemeinen (?) deutschen Landwirthschaftsrechts läßt der Verf. hier ein ähnliches Werk folgen, welches jedoch so wenig, wie das erstere, seine praktische Materie erschöpft. Nicht blos das Recht der Handwerker, auch das Handelsrecht sollte, wie es scheint, hier dargestellt werden; aber statt einer wissenschaftlichen Auffassung gibt der Verf. die verschiedensten Dinge ohne Zusammenhang und Begründung. Von dem Geldwechsel z. B. wird gesagt §. 185 b.: Der Tausch ist dem Kaufcontract ähnlich, er kommt auch im Handel, z. B. beim Buchhandel, vor. Gegenstand des Tausches sind auch fungible Sachen (Quantitäten). Wenn von beiden Contrahenten Geld ausgetauscht wird, so entsteht der Geldwechsel". Hier erfährt man nun weder, was Geld, noch was Tausch ist. Im folgenden §. wird auf ähnliche Weise vom „Banquerott" und sofort von dem Zollverein gesprochen! Von dem wichtigen Unterschiede zwischen persönlichem und dinglichem (Real-) Gewerberecht ist in dem ganzen Buche keine Rede; und auch der Bannrechte wird nur als (durch das kön. sächsische Gesetz v. 27. März 1838) aufgehoben gedacht. — Dies in einem s. g. „allgemeinen" (gemeinen) Gewerberecht!

Das Baurecht und die Rechte in Beziehung auf Gebäude in den verschiedenen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens von Scholz, dem Dritten. Braunschweig 1839.

Seit Michaelis (1789) ist das gemeine Baurecht nicht mehr bearbeitet worden. Der Verfasser, welcher früher das Schäfereirecht auf ähnliche Weise ausgehoben, hat daher gewiß ein ebenso nützliches als mühsames Werk unternommen, indem er das in neueren Gesetzen und Schriftstellern vorgefundene Detail von polizeilichen und rechtlichen Vorschriften mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen in Verbindung brachte. Die neuesten Gesetze über Expropriation sind noch nicht benutzt, wie überhaupt diese Lehre nur nebenbei berührt ist. Auch sonst fehlt es an allgemeineren Gesichtspunkten, namentlich ist, was über nothwendige Servituten S. 317 gesagt wird, dürftig und unzureichend. Das Baurecht für denjenigen Theil der Rheinprovinzen, in welchem die französische Gesetzgebung gilt, ist besonders verfaßt von J. P. Meyer, Köln 1839.

Von einzelnen Abhandlungen sind folgende auszuzeichnen:

Ueber das System der Verträge von Roßhirt. Heidelberg, 1839, bei Groos.

„Die Germanisten der neueren Zeit", behauptet der Verf., „haben hinreichend nachgewiesen, daß der Vertrag im alten deutschen Rechte förmlich war im Symbol, in gelehrten Worten, wenigstens in einem bestimmten Jaworte, daß die Scriptur manchmal als wesentlich vorgeschrieben und bei Verträgen über Immobilien der

Gewehr wegen die gerichtliche Perfektion nöthig war". Wahr ist, daß früher die Meinung dahin ging, und daß Einige, namentlich Eichhorn und Phillips noch jetzt annehmen: die Uebertragung von Eigenthum an unbeweglichen Sachen habe nach germanischem Recht nur mittelst gerichtlicher Auflassung geschehen können. Allein abgesehen davon, was gegen diese Ansicht von dem Ref. (Beiträge zur Kunde des deutschen Rechts) und Beseler (Erbverträge) angeführt worden (auch Mittermaier ist jetzt uns Beiden beigetreten), so ist doch jedenfalls ganz unstatthaft, aus dem Gebrauche der gerichtlichen oder richtiger der symbolischen Form bei der Uebergabe von Immobilien (legitima traditio) zu schließen auf bestimmte Erfordernisse des vorausgehenden Vertrags. Von der Nothwendigkeit bestimmter Wahrzeichen, Formeln oder gar einer gerichtlichen Mitwirkung bei dem Vertrage selbst, wiewohl auch Phillips, Grundsätze des d. P.-R. I. S. 448, dieselbe behauptet, kann im deutschen Rechte, zumal in jener allgemeinen Weise, niemals die Rede sein; vielmehr widerspricht diesem das schwäbische Landrecht (Laßberg'sche Ausg. §. 11) u. der Sachsenspiegel (Hom.) I. 7 geradezu. Das Ziel der Roßhirtschen Abhandlung ist bereits oben besprochen worden.

Rechtsgrundsätze vom Commissionshandel von Dr. G. C. Treitschke, k. sächs. Apellationsrathe. Leipzig, 1839, bei C. Focke.

Schließt sich an der größeren Schrift desselben Verfassers vom Jahre 1838: „Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen". Das deutsche (!) Recht scheint nach diesem Titel verläugnet, oder doch nur in einigen Particulargesetzen vertreten zu sein. Allein der That nach ist dieß nicht der Fall, indem auch auf die Natur des Handels und deutsche Handelsgebräuche Rücksicht genommen ist. Namentlich ist dieß in der gegenwärtigen, gut gehaltenen Schrift geschehen, wo auch jene undeutsche Beziehung auf dem Titel weggeblieben, die freilich für die meisten vaterländischen Schriftsteller nichts Auffallendes hat.

Einige andere hierher gehörige Aufsätze sind in den Zeitschriften zu finden, von denen unten zu sprechen sein wird.

Die Bekanntmachung von Rechtsfällen ist wieder vorzugsweise von sächsischen und hannöverischen Praktikern versucht worden.

Von Kritz (k. sächsischer Oberappellationsrath) ist ein 2ter Bd. (Leipzig, bei Barth) erschienen. Obgleich der Verfasser dem römischen Rechte häuptsächlich seine Studien zugewendet hat und von der Praxis nicht mit großer Achtung spricht, so sind doch seine Ausführungen nicht bloß aus dem fremden Stamme hervorgewachsen. Namentlich sind zu bemerken die Aufsätze über den stillen Gesellschafter (Nr. 2); über die Constituirung von Dienstbarkeiten (Nr. 5); über das locus regit actum bei Wechseltratten (Nr. 6); Zur Theorie über die mögliche Beurtheilung der contractmäßigen Verbindlichkeiten eines In-

länders nach Gesetzen des Auslandes (Nr. 7); Ist ein Kaufpreis creditirt oder berichtigt, wenn der Käufer zu dessen Betrage Accepte gegeben hat? (Nr. 8).

Entscheidungen praktischer Rechtsfragen mit Rücksicht auf Erkenntnisse von Oberbehörden, bearbeitet durch Dr. A. K. H. Harlitzsch, k. sächsischen Appellationsrath. Leipzig 1840. Hinrichs'sche Buchhandlung.

Der Zweck bei Herausgabe dieser Entscheidungen (es sind deren auf 31 Bogen 500 mitgetheilt) war ein doppelter: „erstlich Rechtsgelehrten, welche Zeit haben, tiefer in die beregten Fragen einzugehen, hierzu Veranlassung zu geben, sodann den Unterbehörden und Sachwaltern eine große Anzahl von Präjudicien mitzutheilen, um sie auf diese Weise mit den Ansichten der Oberbehörden und dem Schicksale (so!) hiervon abweichender Ausführungen und Entscheidungen im Voraus bekannt zu machen". Ein Eingehen auf die entscheidende Thesis kann bei der Menge des Mitgetheilten natürlich nicht erwartet werden. Gleichwohl zweifeln wir nicht, daß die Hinweisung auf die höhere Ansicht und die beistimmenden Schriftsteller einer großen Anzahl von Praktikern an den Untergerichten erwünscht sein wird.

Von der Sammlung meklenburgischer Rechtssprüche ist eine neue Folge erschienen:

Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim, herausgeg. von Dr. J. C. Fr. W. Freiherrn v. Nettelbladt, großh. meklenburg. Oberappellationsrathe (Parchim u. Ludwigslust, 6r Bd.).

Auch das Privatfürstenrecht ist durch mehrere interessante Rechtsfälle bereichert worden.

Beiträge zum deutschen Privatfürstenrechte in Darstellung merkwürdiger Rechtssachen von Dr. Anton Bauer. Göttingen 1839.

Vier der berühmtesten Rechtsfälle der neuesten Zeit sind hier mit wissenschaftlicher Haltung besprochen: 1) der Streit zwischen dem Fürsten v. Bentheim Teklenburg und dem Fürsten v. Bentheim Steinfurt über die Successionsfähigkeit des Letzteren; 2) der Streit zwischen dem Fürsten von Löwenstein-Wertheim-Rosenberg und dem Herzog zu Aremberg über die Mack'sche Erbschaft; 3) der Streit zwischen Hessen-Cassel und den Testaments-Erben des Landgrafen von Rotenburg; 4) der Anspruch des Hauses Hessen-Philippsthal auf eine Apanage aus der Rotenburger Quart.

Einen nicht minder interessanten Streit hat zum Gegenstande der:

Abdruck der Duplikschrift für den Herrn Reichsgrafen Gustav Adolph Bentink zu Varel gegen den Herrn Reichsgrafen Wilhelm Friedrich Christian Bentink im Haag, betreffend die Successionsrechte in die s. h. Reichsgräflich Aldenburg-Ben-

tinkischen Familienfideicommiß-Herrschaften und Güter; herausgeg. von den DD. C. F. Diek und F. H. Eckenberg. Leipzig, bei Bernh. Tauchnitz jun.

Ohne uns auf eine nähere Prüfung der hier zur Sprache kommenden Streitfrage über die Lehensfähigkeit der Mantelkinder einzulassen, halten wir es für unsere Pflicht, zu berichtigen, was Diek, auf den sich vielfach bezogen wird, in seinen Beiträgen zur Lehre von der Legitimation durch nachf. Ehe S. 98 über die Ansichten württembergischer Rechtsgelehrten anführt. Allerdings behauptet W. A. Lauterbach, daß die Praxis abweichend von dem longobardischen Rechte jene Lehensfolgefähigkeit annehme, selbst wenn das Lehen von dem ersten Erwerber ausdrücklich für sich und seine ehelichen Nachkommen empfangen worden. Ebenso vertheidigt ein anderer württembergischer Schriftsteller des 17. Jahrhunderts, Myler von Ehrenbach (Genealogia personarum imperii illustrium. Stutgartiae 1664. Cap. XXIV. §. 1 u. 2) die vollkommene Gleichstellung der per matrimonium Legitimirten mit den ehelichen Kindern, insbesondere in Hinsicht auf die Lehensfolge, ausgenommen, wenn dieselben von einem Fürsten oder Reichsgrafen mit einer persona infimae conditionis erzeugt worden wären, freilich ohne dabei durch eine andere Quelle, als das römische und kanonische Recht geleitet zu sein. Dagegen haben zwei Schüler und nachmalige Collegen Lauterbach's in Tübingen, Er. Mauritius (Positionum juris feudalis decas IX. §. 1. vid. ejd. Diss. et Opusc. ed. Hertius, Wetzlar 1692, p. 728) und Bardili (Nucleus ex toto jure feud. depromptus aph. 14. Nr. 8), welche Diek nebst anderen seiner Gegner übersehen, sich der entgegengesetzten Meinung angenommen. Anderntheils werden von Diek a. a. O. die tübinger Consilien (tom. V. cons. 49. tom. IX. cons. 37) mit Unrecht für seine den Mantelkindern (voreheliche Kinder möchten wir sie lieber nennen; denn das Symbol des Mantels oder Gürtels ward schon frühe beseitigt) günstige Meinung angeführt, indem an der einen Stelle J. M. Graß (1711) sich für die Erbfolge der durch nachfolgende Ehe Anerkannten hinsichtlich einer Siedensgerechtigkeit in Schwäbisch-Hall nur darum ausspricht, weil er diese für ein bonum emphyteuticum (?) hält und daher zwischen per matrimonium und per rescriptum Legitimirten zuletzt nicht unterscheidet, in dem anderen Consilium aber (1741) W. A. Schöpff sich gerade gegen die Legitimirten ausspricht. Keiner der angeführten Schriftsteller hat übrigens, wie es scheint, auf die Observanzen des württembergischen Lehenhofs Rücksicht genommen.

Dagegen bezeugt nicht blos Bunz in seiner Handschrift des württembergischen Lehenrechts, sondern auch Breyer, elementa juris publ. Wirtembergici (1787) p. 254, daß die vorehelichen Kinder nach der Praxis des württembergischen Lehenhofs zur Lehensfolge für unfähig gehalten werden; und in Uebereinstimmung hiermit steht

auch die herzogliche Signatur v. 25. Juni 1756 (Württemb. Ges.-Slg. VI. S. 51), worin die außer der Ehe erzeugten Kinder, „wenn auch gleich solche per subsequens matrimonium oder sonsten legitimirt worden wären" (vgl. II. F. 26. §. Naturales etc.), aller Succession in den von dem herzoglichen Hause und dem Herzogthum relevirenden Lehen für unfähig erklärt werden, mit der Bemerkung: daß solches von uralten Zeiten her bei dem württembergischen Lehenhof Legis et Observantiae sei.

Zwar sucht Diek (Beiträge S. 99, Die Gewissensehe, Legitimation durch nachfolgende Ehe und Misheirath, Halle 1838. S. 155) diese Signatur, worauf von Heffter (Die Erbfolgerechte der Mantelkinder. Berlin 1836. S. 55) ein besonderes rechtshistorisches Gewicht gelegt wird, zu beseitigen, indem er ihre Gesetzeskraft in Zweifel stellt, weil sie niemals förmlich publicirt, noch gedruckt worden sei. Allein wenn einestheils der Herzog von Württemberg als Lehens- und Landesherr unzweifelhaft eine bestehende Lehensobservanz zu bestätigen befugt war, so mußte es anderntheils nicht minder genügen, wenn diese Bestätigung an den Lehenhof ausgeschrieben wurde. Uebrigens scheint, wie aus dem Inhalte hervorgeht, die Signatur wenigstens zur Mittheilung an die Vasallen bestimmt gewesen zu sein. Gesetzt aber auch, keine dieser Formen wäre beobachtet worden, so könnte doch damit die Rechtsbeständigkeit der in der Signatur bezeugten Observanz nicht angefochten werden, da eine Gewohnheit zu ihrer Verbindlichkeit keiner Publication bedarf. Auch ist in späteren Fällen diese Observanz von dem württembergischen Lehenhof in Anwendung gebracht worden, und es kann hiergegen die einzige Entscheidung des kön. Obertribunals, welche v. Bolley, Entwürfe von Gesetzen, Stuttgart 1835, S. 107, anführt, um so weniger in Betracht kommen, als es sich hier wieder nicht von einem adeligen, sondern einem bürgerlichen Lehen, abermals einer Siedensgerechtigkeit (in Hall? s. das oben angef. tübinger Consil v. 1711) handelte, wobei es mit der Qualification der Lehensfolger nie so streng genommen ward. Ebenso wenig verdient der Antrag, welcher von Bolley (a. a. O. S. 107 u. 119) auf Gleichstellung der vorehelichen und ehelichen Kinder hinsichtlich der Folge in adeligen Lehen- und Stammgütern gemacht worden, das Gewicht, welches ihm in der oben angezeigten Proceßschrift wiederholt (S. 153, 158, 159) beigelegt wird, da derselbe, wenn schon von einem unsrer angesehensten Rechtsgelehrten ausgehend, doch bis jetzt in keiner Weise genehmigt ist.

In den Zeitschriften für bürgerliches Recht ist, wie schon bemerkt, das deutsche Recht, selbst die deutsche Praxis wenig beachtet. Sollen wir einige Ausnahmen von dieser Regel anführen, so sind es die Aufsätze über die Rechtsfrage, ob und inwiefern die Güterrechte der Ehegatten durch die Veränderung des fori des Mannes verändert werden können, von Funk im Archiv für civilistische

Praxis, Bd. XXII., und über den Uebergang des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gesammtheit der Concursgläubiger von Schenk in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, Bd. XIII. Nr. 4. Ein kleinerer Aufsatz in der letzten Zeitschrift (das. Nr. 11): „Wer hat die Gefahr bei Versendung bestellter Waaren zu tragen?“ hätte nicht aufgenommen werden sollen.

Die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, wiewohl sie immer noch den berühmten Namen Eichhorn's an der Spitze trägt, enthält jetzt nur selten mehr Vaterländisches. Im vorigen Jahr, Bd. IX. Nr. 5, erschien noch ein Aufsatz Bluntschli's: Das Intestaterbrecht des Züricherischen Stadtrechts und Andeutungen über das alte Alamannische Recht. Das neueste Heft (Bd. X. Heft 1) umfaßt einen einzigen Aufsatz: Das Ackergesetz des Spurius Thorius, von dem jetzigen Herausgeber Rudorff. Dagegen hat die Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht von Scholz dem Dritten, wovon eben das 1. Heft des II. Bandes (Braunschweig 1840) ausgegeben wird, und die Zeitschrift für gutsherrlich bäuerliche Verhältnisse, Landescultur und Gesetzgebung in den preußischen Staaten, mit Ausschluß der Rheinprovinzen, von Forni, Masuch und Kuh (Breslau 1839. 3 Hefte), solche Institute im Auge, welche vorzugsweise dem deutschen Rechte angehören und großentheils noch immer auf Herkommen beruhen. Die letztere Zeitschrift ist übrigens vorzugsweise particularrechtlichen Inhalts und enthält nicht blos rechtliche Ausführungen, deren bis jetzt nur wenige mitgetheilt sind, sondern auch Abhandlungen und Nachrichten technischen Inhalts.

Das besondere Recht einzelner Staaten ist letztes Jahr mehrfach bearbeitet worden. Eines Handbuchs des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts von Wächter, wovon bis jetzt die geschichtliche Einleitung bis 1806 (Bd. I. Abth. 1) erschienen ist, haben wir bereits oben gedacht. Von dem Werke des Referenten über denselben Gegenstand ist der zweite Theil, die dinglichen und die Forderungsrechte enthaltend, unter der Presse.

Mit Vergnügen können wir anzeigen, daß von Bornemann's systemat. Darstellung des preußischen Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des allg. Landrechts, Bd. 6. Abth. 2, enthaltend das Erbrecht und die Lehre von Familienstiftungen und Fideicommissen (Berlin, bei Jonas), erschienen und damit das beste Werk über das preußische Landrecht vollendet ist (Bd. 1—4 erschienen in einer 2. Aufl.).

Die Statutar- u. Gewohnheitsrechte des Herzogthums Westphalen hat aus den Quellen geschichtlich und praktisch dargestellt, mit Urkunden und Rechtsfällen, Seibertz (Arnsberg, bei Ritter).

Weiter ist erschienen der 2. Theil der Abhandlungen aus dem Lübischen Recht von Pauli (Lübeck, 1840), enthaltend die ehelichen Güterrechte, nach großentheils ungedruckten Quellen.

Auch das Studium des Particularrechts zieht sich mehr und mehr in die Zeitschriften zurück. Fast in jedem Staate ist jetzt einer oder mehrere solcher litterarischer Sammelplätze eröffnet.

Reichhaltig an juristischen Erörterungen über praktische Materien ist namentlich die Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen (bis jetzt 2 Bde.); die Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen; die Monatschrift für Justizpflege in Württemberg (bis jetzt 3 Bde.).

Besonders auf die einheimischen Gesetzbücher sind gebaut: Die Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde von Dollinger, Rudler und Fränzler; Jahrbücher für preußische Gesetzgebung (schon über 100 Hefte) und das Archiv für Civil- und Criminalrecht der preußischen Rheinprovinzen von Sand (bis jetzt 29 Bände). Doch tritt das deutsche Privatrecht in Preußen theils bei Auslegung des allgemeinen Landrechts, als auf eine deutsche Grundlage vielfach gebaut, theils bei Bearbeitung der Provinzialrechte, welche dort nicht aufgehoben sind, immer hervor. Vergl. Neues Archiv für preußisches Recht u. Verfahren, sowie für deutsches Privatrecht von Ulrich, Sommer und Brele (Jahrgang 6); Magazin des Provinzial- und statutarischen Rechts der Mark Brandenburg und des Herzogthums Pommern von Riedel (III. Bd. 1. Abthlg.).; schlesisches Archiv für praktische Rechtswissenschaft von Koch und Baumeister.

Noch haben wir einer neuen Zeitschrift zu gedenken, welche zwar nur für die russischen Ostseeprovinzen berechnet ist, gleichwohl aber, da man dort auf demselben Boden des gemeinen Rechts steht, wie bei uns, und da namentlich die liv- und esthländischen Stadtrechte aus deutschen und zunächst aus den hamburgischen und lübischen Statuten entsprungen sind (v. Bunge, Beiträge zur Kunde der liv-, esth- und curländischen Rechtsquellen, S. 37 — 42 ff.), manche Fragen von einem gemeinschaftlichen Standpunkt aus erörtert. In dem vorliegenden 1. Hefte (Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten, von Bunge und v. Madai. Dorpat u. Leipzig, 1839, bei Severin und Köhler.) wird die Frage: Sind Gastwirthe berechtigt, Reisende abzuweisen? (Nr. 1) im Hinblick auf römisches und einheimisches Recht von Madai verneint. Der Aufsatz: Etwas über das römische und deutsche Recht als das sogenannte Hülfsrecht in den Ostseeprovinzen von Neumann (Nr. 3), entscheidet die Frage über die Collision des römischen und deutschen Rechts, ohne nähere Untersuchung dahin, daß in jeder einzelnen Lehre der Vorrang des römischen, kanonischen und deutschen Rechts durch die Praxis zu bestimmen sei, wodurch jedoch für Zweifelsfälle kein Princip gegeben ist. Endlich folgen noch Bemerkungen über die Erbgutseigenschaft und die eheliche Gütergemeinschaft nach rigischem Stadt-

recht von Zimmerberg (Nr. 4), wobei zu erinnern ist, daß das rigische Recht keineswegs in allen Städten Curlands gegolten hat und selbst in denen, welchen es verliehen worden, gegenwärtig fast gar keine Anwendung mehr findet, namentlich was die Gütergemeinschaft unter Eheleuten betrifft (s. Neumann a. a. O. S. 77). Erwähnt kann hier noch werden, daß von Bunge's liv- und esthländischem Privatrecht, Thl. 2, das Familien- und Erbrecht enthaltend (Dorpat, bei Kluge), erschienen ist.

V. Staatsrecht.

„Es ist eine Thatsache, daß dem Staatsrechte unter allen Disciplinen der Rechtswissenschaft die wenigste Theilnahme von denen zugewendet wird, welche die Rechte studiren wollen," — meint G. Gärtner, über die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Staatsrechts. Bonn, bei Marcus.

In der Wahrnehmung: „daß der Kreis öffentlicher Thätigkeit, zu welcher eine Rechtsbildung erfordert wird, auf das Privatrecht sich zu beschränken scheint", kann der Grund dieses Misverhältnisses, wo solches beobachtet wird, allein nicht liegen, — denn an publicistischem Sinn fehlt es unserer Zeit eben nicht.

Noch weniger kann der „civilistische" Sinn oder die Vorliebe für die Pandekten, von welcher Herr Prof. Gärtner spricht, ein Abhaltungsgrund für die Studirenden sein, das Staatsrecht mit Fleiß zu hören, denn eine solche Vorliebe besteht unserer Erfahrung nach nicht; vielmehr werden die Vorlesungen über deutsches Staats- und Privatrecht, wenigstens an der tübinger Hochschule, mit demselben Eifer, wie irgend andere, besucht. Müssen wir nun aber allerdings dem Verfasser darin beitreten, daß das Staatsrecht, namentlich das deutsche, außerhalb der Vorlesungen wenig studirt wird, so kann die Ursache hiervon nur in der Beschaffenheit der publicistischen Litteratur liegen, welche sich der Studirende durch Privatfleiß aneignen soll. Es ist eine Thatsache, daß kein einziges genügendes Lehrbuch des heutigen deutschen Staatsrechts existirt; einige sind mit Eifer angefangen, aber unvollendet liegen gelassen worden (von Schmid, Jordan); das allmälig zu einem Folianten angewachsene Buch von Klüber (öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten) ist bei allen seinen Vorzügen, die hauptsächlich auf Rechnung der guten Gesinnung und der Gelehrsamkeit des Verf. kommen, kein System, sondern ein Conglomerat einzelner Sätze, bald aus dem allgemeinen Staatsrecht, bald aus dem alten jus publicum, bald aus dem Particularrecht entnommen; die „Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts" von Maurenbrecher endlich, sondern zwar diese verschiedenartigen Bestandtheile (I. Allgemeine Lehren, II. Staatsrecht des deutschen Reichs, III. Staatsrecht des Rheinbundes, IV. Staatsrecht des heutigen

deutschen Bundes, V. Allgemeines deutsches Territorialstaatsrecht, VI. Heutiges deutsches Privatfürstenrecht), ohne sie aber, was die Aufgabe des Systematikers ist, in ihrer Einheit zu zeigen. Denn unmöglich kann man doch dem Studirenden zumuthen, das, was von dem alten Staatsrecht und von dem Rechte des Rheinbundes etwa noch praktisch ist (und nur insoweit gehört es in das System) selbst mit dem heutigen Rechte zusammenzusetzen und zu Recht zu legen. Ein neues „System des deutschen Staatsrechts" hat Gärtner in der oben angeführten Schrift nach seinen Umrissen gezeichnet; indessen, ist es schon an sich eine schwierige Sache, aus einem solchen Grundrisse, gleichsam einem Gerippe von Gedanken, sich ein Urtheil zu bilden, so hat der Verfasser durch die vorausgeschickten Worte: „die staatsrechtliche Systematik" dieß Geschäft nicht erleichtert; denn Referent gesteht es offen, Sätzen wie dieser: „die Lehre ist — eben weil sie das wissenschaftliche Verhältniß (?) ist, in welchem der Gegenstand des Wissens aus der wissenschaftlichen Abstraction wieder in das Leben zurückgeführt wird — das Offenbarungsverhältniß des Lebensgesetzes der Wissenschaft," welchem er gleich im Eingange begegnete, eine Abhaltung gefunden zu haben, tiefer hineinzulesen, und zwar zu seinem um so größern Bedauern, als es ihm schien, daß er in der Sache selbst mit dem rüstigen Verf. sich leicht würde verständigen können.

Die gleiche Bemerkung müssen wir in Beziehung auf die „Rechts- und Staatslehre" desselben Verf. machen, welche auch unter dem Titel: die Philosophie des Lebens (Thl. I., Bonn, bei Marcus), erschienen ist. Gewöhnt, uns überall des einfachsten Ausdrucks zu bedienen, glauben wir auch bei Anderen, die gleiche Rücksicht wünschen und bei aller Achtung für die Philosophie, selbst in der hier vertretenen Schule, welche mit Unrecht einer staatsgefährlichen Richtung beschuldigt wird (Schubarth, über die Unvereinbarkeit der Hegel'schen Staatslehre mit dem obersten Lebens- und Entwicklungsprincip des preuß. Staats. Breslau, bei Aderholz), ihr nicht das Privilegium einräumen zu dürfen, unverständlich zu sein.

Daß eine höhere Auffassung des Staats auch außerhalb einer bestimmten Schulform möglich, und daß gerade die ungesuchtere Form eher geeignet sei, die Wissenschaft im Leben zu vertreten, dessen Gesetze sie zu offenbaren hat, beweisen zwei Werke, welche jetzt eben in neuen Auflagen erschienen sind: die Vierzig Bücher Zachariä's über den Staat (Bd. 1, auch unter dem Titel: Vorschule der Staatswissenschaft) und das Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, angefangen von Aretin, fortgesetzt von Rotteck (3 Bände).

Das positive deutsche Staatsrecht hat im letzten Jahre keine Gesammtbearbeitung gefunden. Dagegen haben die Vorgänge in dem Königreiche Hannover die Aufmerksamkeit auf

eine Reihe von Fragen gerichtet, welche nicht bloß für das particulare, ſondern auch für das gemeine Staats- und Bundesrecht von Bedeutung ſind.

Schon im vorigen Jahre wurde dadurch hervorgerufen die Vertheidigung des Staatsgrundgeſetzes für das Königreich Hannover (von Stüve), herausgegeben von Dahlmann, eine Schrift, deren Abfaſſung zwar ſchon in die Zeit zwiſchen dem erſten und zweiten Patent des Königs Ernſt Auguſt (5. Juli bis 1. Nov. 1837) fällt, wo alſo die Vernichtung des beſtehenden Grundgeſetzes noch nicht definitiv ausgeſprochen war, welche aber gleichwohl bereits die ganze Verfaſſungsfrage mit einer Unbefangenheit und Umſicht in's Auge faßt, die den rechts- und ſachkundigen Verfaſſer nicht verkennen läßt. Die Schrift blieb erfolglos in denjenigen Kreiſen, wo es zunächſt einer Vertheidigung bedurfte, und auch bei der Mehrzahl derjenigen, welche durch die Umkehrung des beſtehenden Rechtszuſtands beunruhigt worden waren, vermochte ihr Inhalt, als die Meinung eines Einzelnen nicht allenthalben die Entſchiedenheit der Ueberzeugung wiederherzuſtellen, welche durch die Autorität von oben ausgehender Anſichten und Handlungen ſchwankend geworden war. Nun ward von dem Magiſtrat der Stadt Osnabrück, welcher vermöge ſeiner Stellung ſich über die Giltigkeit des Grundgeſetzes von Amtswegen zu vergewiſſern hatte, an mehrere Juriſtenfacultäten das Erſuchen um ein rechtliches Gutachten über verſchiedene dahin einſchlagende Fragen, namentlich darüber gerichtet: ob eine Obrigkeit im Königreiche Hannover berechtigt und verpflichtet ſei, Steuern, welche nicht auf verfaſſungsmäßigem Wege bewilligt und ausgeſchrieben worden, beizutreiben? Einer der angegangenen Facultäten (Berlin) ward die Anfertigung des erbotenen Gutachtens unterſagt; die Aeußerungen der drei andern dagegen ließen nicht lange auf ſich warten und wurden auf demſelben Wege, wie obige Rechtsvertheidigung, bekannt gemacht:

Gutachten der Juriſten-Facultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen, die Hannoverſche Verfaſſungsfrage betreffend, herausgegeben von Dahlmann, Jena, bei Frommann.

Sämmtliche Facultäten ſtimmen hiernach darin überein, daß das hannoverſche Grundgeſetz vom 26. Septbr. 1833 an ſich vollkommen giltig und durch das k. Patent vom 1. Novbr. 1837 auf eine rechtsbeſtändige Art nicht aufgehoben ſei. Dagegen unterſcheiden ſie ſich in anderer Hinſicht, namentlich in Beantwortung der obigen ſpeciellen Frage, welche von den Facultäten zu Heidelberg und Jena bejaht, von der zu Tübingen verneint wurde.

Die allgemeineren Geſichtspunkte, welche das tübinger Gutachten in's Auge faßte, namentlich die Frage über das Alter der ſtändiſchen Rechte, das Eigenthum an den Domänen, die Verbindlichkeit des Regierungsfolgers aus den Handlungen des Vorfahren, den ſtaatsbürgerlichen Gehorſam und den Dienſtgehorſam, wurden

in dem II. Bande dieser Zeitschrift für das wissenschaftliche Bedürfniß besonders ausgehoben.

Auch die Partie der Patente ist in einer kleinen Schrift genommen worden, welche jedoch nicht auf die Gutachten eingeht, und den politischen (?) Standpunkt stets mit dem rechtlichen verwechselt: Die hannoversche Regierung und das Staatsgrundgesetz von 1833 von Gustav Zimmermann, Hannover, bei Helwing.

Indessen ist öffentlichen Blättern zufolge der Verkauf der gedachten Facultäts-Gutachten, welche in kurzer Zeit in der zweiten Auflage verbreitet, und bei ihrer Einstimmigkeit in der Hauptsache von großem Einflusse auf die öffentliche Meinung geworden sind, in mehreren Staaten verboten worden. (Was würde Schlözer dazu sagen!)

Von großem Werthe für eine spätere historische Kritik ist:

Hannover'sches Portfolio, eine Sammlung von Actenstücken zur Geschichte des hannov. Verfassungskampfes. 2 Bde., Stuttgart, bei Krabbe.

Dem zweiten Bande, welcher, wie der erste, mehrere, bei dem Bunde eingereichte Beschwerden enthält, geht ein ausführliches Vorwort voran, worin von einer sehr geübten Feder zu beweisen gesucht wird, daß der neuere Bundesbeschluß, wodurch die beschwerdeführenden hannoverschen Corporationen wegen Incompetenz abgewiesen sind und dem königl. Cabinete überlassen wird, den obschwebenden Verfassungsstreit mit den dermaligen Ständen beizulegen, ausspreche, daß bundesrechtlich dem Fortbestehen des Staatsgrundgesetzes nichts im Wege sei. Allerdings scheint aus jenem Beschluß in der königl. Proclamation vom 10. Sept. 1839 zu viel gefolgert zu sein, wenn angenommen wird, daß dadurch der jetzige factische Zustand in Hannover gebilligt sei; allein ebensowenig scheint eine dem Staatsgrundgesetze günstige Intention darin gefunden werden zu können, da materiell durchaus nicht entschieden werden wollte. Indessen wird man wohl annehmen können, daß, wenn etwas Bundeswidriges in dem Grundgesetze v. 1833 wahrzunehmen gewesen wäre, es für die hohe Bundesversammlung nicht erst einer Veranlassung im Jahr 1839 bedurft hätte, um darauf aufmerksam zu werden und dessen Abstellung bei der königl. Regierung in Hannover zu veranlassen.

Nicht ohne Hinblick auf die hannoversche Verfassungssache scheint ferner geschrieben die publicistische Abhandlung Maurenbrecher's: die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainetät (Frankfurt, bei Varrentrapp).

Indessen zeigt sich auch aus dieser lehrreichen Schrift, wie selbst die strengsten Anhänger der Fürstengewalt nicht umhin können, in gewissen Fällen wenigstens ein Recht des passiven Widerstandes (S. 161) anzunehmen, indem der Verf. die Unterthanen ausdrücklich für befugt erklärt, verfassungs- und rechtswidrigen

Regierungsbefehlen der Fürsten den Gehorsam zu verweigern. Unter welchen Beschränkungen dieses äußerste Recht, ohne das die Unterthanen dem Regenten gegenüber als rechtlos erscheinen würden, zu verstehen sei, ist in dem jenaer und tübinger Gutachten sowohl, als auch in der Zeitschrift a. a. O. ausgeführt. Den Grundgedanken der Maurenbrecher'schen Schrift, daß eine der Fürstensouverainetät feindliche, gleichwohl aber von der Volkssouverainetät verschiedene Staatssouverainetät seit einigen Jahren die herrschende Lehre in Deutschland geworden sei, welche bekämpft werden müsse, können wir insofern nicht für richtig erkennen, als die Idee von der juristischen Persönlichkeit des Staats eine nothwendige und selbst im patrimonialen Principe nie ganz untergegangene ist, und als, der Natur der Sache nach, der Grund des Staats, und daher auch die ursprüngliche Quelle der öffentlichen Gewalt in demselben, nicht außer ihm gesucht werden kann. Wenn übrigens von einigen Schriftstellern der Staat in corpore als Subject der Staatshoheit angegeben und dem Regenten nur die Ausübung derselben zugeschrieben wird, so können wir dieser Ansicht nach dem positiven deutschen Territorialstaatsrechte allerdings nicht beipflichten; doch tritt auch hierin nicht eine neue Idee der sogenannten Staatssouverainetät hervor, sondern nur eine der möglichen Auffassungsweisen der Volkssouverainetät. Der verschiedene Sinn, welchen der Verf. mit dem Worte „Staat" verbindet, indem er bald darunter blos den Landesherrn, bald die Gesammtheit der Staatsangehörigen, bald endlich das Volk im Gegensatz zum Regenten begreift, ist bereits in einer kleinen Schrift:

Wahrheit und Irrthum in der Maurenbrecher'schen Schrift: die deutschen regierenden Fürsten ꝛc. (von Nebelthau), (Kassel, bei Appel) S. 22 f.

gerügt worden. Indessen möchte ebensowenig der letztern beizutreten sein, wenn eine, dem Regenten gegenüber gestellte juristische Persönlichkeit des Volks (S. 23), selbst in Staaten mit Repräsentativ-Verfassung geläugnet wird, welche Verfassung sich rechtlich nur begreifen läßt, wenn Volk und Regierung theils im Gegensatze, theils aber auch wieder in einer Einheit, die ja eine Wahrheit voraussetzt, mit andern Worten, wenn mit Maurenbrecher S. 174 angenommen wird: daß Volk und Fürst um des Staats und der Staat um Beider willen da sei.

Eine gute Bearbeitung des Particularstaatsrechts enthält:

Fr. Milhauser, das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, mit Einschluß des Privatfürstenrechts und der völkerrechtlichen Verhältnisse systematisch dargestellt, 1. Band, Leipzig, bei Tauchnitz, jun.

Ueber die Aufgabe, welche die Wissenschaft des positiven Staatsrechts zu lösen hat, spricht sich der Verf. in der Vorrede sehr richtig

aus, und die sachgemäße Behandlung der in dem vorliegenden Bande enthaltenen Lehren beweist, daß er derselben gewachsen sei.

Hierbei erlauben wir uns noch aufmerksam zu machen auf L. Snell, Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, Zürich, bei Orell und Füßli.

Das Kirchenrecht haben wir nur in so weit in die Richtung dieser Zeitschrift aufgenommen, als es mit Instituten des Privat- oder Staatsrechts zusammenhängt. In diesen beiderlei Beziehungen verdient hier Beachtung der kirchliche Streit, welcher sich von der Diöcese Cöln aus dem Erzbisthum in Posen und sofort mehr oder weniger anderen, bis dahin ruhigen Theilen Deutschlands mitgetheilt hat. Die Hauptpunkte des Streits sind: 1) die Stellung der katholischen Geistlichen hinsichtlich der gemischten Ehen; 2) das Verfahren der königlichen preußischen Regierung, gegenüber den beiden Erzbischöfen zu Cöln und Posen. Beide Fragen sind zunächst kirchenstaatsrechtlich; die erstere berührt zugleich ein privatrechtliches Institut, die Ehe. Nebenbei haben sich auch noch andere Controversen, namentlich über die Stellung des Papstthums, gegenüber dem Königthum; über die Freiheiten der katholischen Kirche gegenüber Rom; über die Gegensätze des Katholicismus und Protestantismus u. s. w. eingemischt. Die Parteien sind auf der einen Seite zwei betagte Prälaten, in Verbindung mit dem zu Rom residirenden Oberhaupte der katholischen Kirche und einer Anzahl von Klerikern und Laien, welche die bestehenden bürgerlichen Gesetze, beziehungsweise die Autonomie der Privaten hinsichtlich der Erziehungsreligion der in gemischter Ehe erzeugten Kinder nicht anerkennen wollen, auf der andern Seite die königliche Regierung in Preußen, beziehungsweise alle anderen weltlichen Regierungen, welche jene Gesetze wider die neuere kirchliche Disciplin aufrecht zu erhalten gesonnen und verpflichtet sind.

Die Litteratur, welche über diesen Streit binnen kurzer Zeit angewachsen, ist so groß, daß wir wegen Mangel an Raum dieselbe auch nicht einmal übersichtlich zu geben vermögen. Wir verweisen daher auf die sehr vollständigen Collectiv-Anzeigen (von Richter) in dem Repertorium der gesammten deutschen Litteratur von Gersdorf, welche nicht weniger als 140 größere und kleinere, theils kirchenrechtliche, theils kirchenpolitische und theologische Schriften begreifen, nämlich Bd. XV, Nr. 389—409, Bd. XVI, Nr. 577—596, Bd. XVII, Nr. 1154—93 u. Nr. 1463—88, Bd. XXI, Nr. 1079—1110. Auszuzeichnen sind hierunter folgende zwei Abhandlungen:

Die cölnische Sache betrachtet vom Standpunkt des allgemeinen Rechts, 2. Auflage von C. v. Rotteck (Speier, Landau und Grünstadt, bei Neidhardt).

Der gegenwärtige Grenzstreit zwischen Staats- und

Kirchengewalt von einem norddeutschen Publicisten. Halle, bei Schwetschke und Sohn.

Beide Schriften rühren von angesehenen Männern her, jene von einem als geistreichen Historiker und freisinnigen Denker bekannten Publicisten, diese, wie wir hören, von einem hochgeschätzten Kirchen- und Staatsrechtslehrer zu Berlin (Hefſter). Auch darin können wir keine wesentliche Verschiedenheit erblicken, daß der Eine als Katholik, der Andere als Protestant, der Eine als Publicist des Südens, der Andere als „norddeutscher Publicist" urtheilt; denn es hat sich in dieser Sache hinreichend herausgestellt, daß Katholiken (Dank sei es dem Siege der Reformation!) ebenso unabhängig in Kirchensachen urtheilen können, wie Protestanten; und zwischen Norden und Süden sollte, wenn von Geistesrichtungen die Rede ist, überhaupt nicht so unterschieden werden, wie neuerdings geschehen ist. Dagegen bilden die Rotteck'sche und Hefſter'sche Schrift allerdings in anderer Hinsicht Gegensätze. Während die erstere für die durch den „Staatsabsolutismus" angeblich bedrohte Freiheit der katholischen Kirche und der Kirchen überhaupt in die Schranken tritt, wird in der letzteren der Staatsgewalt in dem ihr neuerdings erklärten Kriege das Wort gesprochen. Während Rotteck nur in kurzen Umrissen eine seinen bekannten politischen und kirchlichen Ansichten zusagende Stellung zu gewinnen sucht (wie unsicher und gezwungen ist nur die S. 22 f. versuchte Auslegung des von dem cölner Erzbischofe gegebenen Versprechens?), werden in der Hefſter'schen viel umfassenderen Abhandlung die Thatsachen des Kampfes und die rechtlichen Gesichtspunkte mit der dem Verf. eigenen juristischen Sicherheit und objectiven Haltung geprüft. Was die Sache selbst betrifft, so sind die Verfasser beider Schriften darin einig, daß die Stellung der katholischen und protestantischen Confession zu einander und zum Staate nicht nach hierarchischen, sondern nach paritätischen Grundsätzen zu beurtheilen sei. Auch wird schließlich die Unparteilichkeit auf beiden Seiten dadurch gewahrt, daß, während Rotteck seine auf Reinigung und Veredlung des K a t h o l i c i s m u s gerichteten Wünsche unverholen ausspricht (Nr. IV), andererseits der „norddeutsche Publicist" mit ermahnenden Worten an die e v a n g e l i s c h e Kirche schließt. Daß der Grund des Streites auch nur theilweise da zu suchen sei, wo Hefſter a. E. glaubt: in einer minder sittlich strengen Ansicht (?) von der Ehe, namentlich in der Leichtigkeit der Ehescheidungen auf Seite der Protestanten, und daß deshalb durch strengere gesetzliche Maßregeln in dieser Beziehung eine Annäherung zwischen beiden Parteien könne bewirkt werden, müssen wir durchaus bezweifeln, da ja die Bedenken auf katholischer Seite nicht über die Zulässigkeit oder Räthlichkeit der gemischten Ehe als solcher, sondern über die Erziehungsreligion der K i n d e r erhoben worden, und auch der strengste katholische Geistliche

keinen Anstand nimmt, die durch die Confession getrennten Gatten einzusegnen, wenn nur die Nachkommen der „allgemeinen" Kirche zugeführt werden. Dagegen sind wir mit Rotteck vollkommen darin einverstanden, daß weder durch eine künstliche Aufrechthaltung des status quo, noch durch ein Detail von Staatsgesetzen die vorhandenen Uebel gründlich zu heilen sind, sondern einzig und allein durch eine, vom Innern der Gemeinden ausgehende Verbesserung. Wie die von ihm gewünschte Wiederherstellung der ältesten Kirchenverfassung mittelst einzuberufender Provinzial- und Nationalsynoden, wozu auch Laien beigezogen würden, bewerkstelligt werden solle, dazu scheint freilich, abgesehen davon, daß dieß ohne Trennung von Rom gar nicht ausführbar wäre, der eben jetzt vorliegende Streit keine günstige Aussicht zu eröffnen, wobei die Abhängigkeit der katholischen Kirche von päpstlichen Decretalen mehr als je sich ausgesprochen hat. Indessen ist es in hohem Grade beachtenswerth, wie nicht blos in der protestantischen, sondern auch in der katholischen Kirche immer wieder der Wunsch nach einer Vertretung der Gemeinde gegenüber der Kirchengewalt laut wird, und wie nun gerade von den oben genannten beiden Verfassern jeder für die Kirche seiner Confession eine urchristliche Synodalverfassung in Anspruch nimmt, wodurch kirchliches Leben und kirchliche Gemeinschaft befördert und wodurch es möglich würde, wahre Fortschritte in der christlichen Erkenntniß der Kirche selbst anzueignen.

Den münchner „historisch-politischen Blättern für das katholische Deutschland" von Phillips und Görres (bis jetzt 4 Bände), welche den cölner Streit für römische Zwecke auszubeuten trachten, haben sich „deutsche Blätter für Protestanten und Katholiken" (Heidelberg, bei Winter, bis jetzt 3 Hefte) entgegengestellt, welche die Lehre von dem Verhältnisse der Kirche zum Staate, „durch deren Entstellung und Verfälschung die neuen Jesuiten und ihre dienstbaren Geister den Sinn des katholischen Volks zu täuschen und die bestehende Ordnung zu verwirren trachten," zu beleuchten und die wahren Ursachen und Folgen der Reformation gegen die Verfälschungen und Verkleinerungen von der andern Seite zu behaupten suchen.

Eine andere Art von Streit hat sich innerhalb der protestantischen Kirche erhoben, betreffend die Hinweisung des geistlichen Lehramts auf die symbolischen Schriften. Veranlassung dazu war ein Rescript des herzogl.-altenburger Consistoriums vom 13. Nov. 1838, worin Geistliche und Lehrer ermahnt werden, die dem Christenthum eigenthümlichen positiven Lehren vom Vater, Sohn und Geist, von Jesu göttlicher Natur und Wirksamkeit u. s. w. mit Nachdruck innerhalb ihrer Gemeinden zu lehren. Der öffentliche Tadel, den diese Aufforderung in Verbindung mit der gleichzeitig gegen einzelne Lehrer ausgesprochenen Rüge auf mehreren Seiten fand, gab dem altenburgischen Consistorium Veranlassung, Bedenken der

theologiſchen Facultäten zu Jena, und der Univerſitäten Berlin, Göttingen und Heidelberg einzuholen, welche nebſt einleitender geſchichtlicher Darſtellung und Actenſtücken gedruckt worden ſind (Altenburg, 1839). Die geſtellte Hauptfrage: Trifft das Conſiſtorialreſcript mit Recht der Tadel, daß es dem Gewiſſen der Landesgeiſtlichen zu nahe trete? wird einſtimmig verneint. Zu demſelben Reſultate gelangt folgende Schrift eines unſerer erſten Kanoniſten, welche ganz den juriſtiſchen Standpunkt feſthält:

Das Kirchenregiment und die Symbole, rechtliches Gutachten über das von dem herzoglichen Conſiſtorio zu Altenburg an die Ephorie Ronneburg erlaſſene Reſcript vom 13. Novbr. 1838, von A. L. Richter. Leipzig, bei Tauchnitz, jun.

Auch hier wird die Tendenz des Conſiſtoriums als eine dem Pflichtenkreiſe und der Stellung dieſes Collegiums angemeſſene erachtet, aber die Fortentwicklung der Lehre aus der Schrift in dem Bewußtſein der Gemeinde anerkannt und gefordert. Durch welche Organe ſich dieſes Bewußtſein ausſprechen ſoll, iſt freilich bei der evangeliſchen Kirche eine ſo verwickelte Frage, wie bei der katholiſchen, und wie hier die angeſprochene Einheit, ſo ſcheint dort die äußere Getheiltheit der Kirche der Verwirklichung der Synoden im Wege zu ſtehen. Für die Einführung einer freien Synodalverfaſſung unter Wiederherſtellung des geiſtlichen biſchöflichen Amts hat ſich in neueſter Zeit auch ausgeſprochen

Haſe, die deutſche Kirche und der Staat. Leipzig, 1839.

Wir ſchließen unſern Bericht und damit den erſten Jahrgang dieſer Zeitſchrift mit dem ernſten Wunſche, daß der Zwiſpalt in Kirche und Staat, in der Wiſſenſchaft und im Leben nicht endigen möge mit der Zerſtörung von Treue und Glauben, mit dem Untergange des Volksſinnes und mit dem Verzicht auf die Aufklärung des vorigen Jahrhunderts, ſondern daß deutſches Recht und deutſche Wiſſenſchaft, deutſche Ehre und Treue blühen und gedeihen im gemeinſamen Vaterlande.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Verzeichniß der Herren Mitarbeiter:

Herr Hofrath, Professor Albrecht, jetzt in Leipzig.
= Professor Beseler in Rostock.
= Staatsrath, Professor Bluntschli in Zürich.
= Advocat Bopp in Darmstadt.
= Dr. Brackenhoeft in Heidelberg.
= Hofrath, Professor von Bunge in Dorpat.
= Professor Deiters in Bonn.
= = Dieck in Halle.
= Universitätssyndicus Dr. Duncker in Marburg.
= Etatsrath, Professor Falck in Kiel.
= Professor Feuerbach in Erlangen.
= Obergerichtspräsident Finsler in Zürich.
= Professor Gaupp in Breslau.
= = Göschen in Berlin.
= Hofrath, Professor J. Grimm, jetzt in Cassel.
= Geheimer Revisionsrath, Professor Heffter in Berlin.
= Ministerialrath Hufnagel in Stuttgart.
= Professor Jordan in Marburg.
= Appellationsgerichtsrath Kori in Dresden.
= Professor Kraut in Göttingen.
= = von Lancizolle in Berlin.
= = Laspeyres in Halle.
= = Freiherr von Löw in Zürich.
= = Maurenbrecher in Bonn.
= Reichs= und Staatsrath von Maurer in München.
= Professor Mayer in Tübingen.
= = Michaelis in Tübingen.
= = Michelsen in Kiel.
= Geheimerrath, Professor Mittermaier in Heidelberg.
= Professor von Mohl in Tübingen.
= Oberappellationsgerichtsrath Ortloff in Jena.
= Professor Paulsen in Kiel.
= Geheimer Justizrath, Professor Pernice in Halle.
= Professor Perthes in Bonn.
= = Phillips in München.
= Landrichter Puchta in Erlangen.
= Professor Rheinwald in Bern.
= = Richter in Marburg.
= Freiherr von Richthofen in Göttingen.
= Professor Rößell in Berlin.
= Oberappellationsgerichtspräsident Runde in Oldenburg.
= Obertribunalrath Scheurlen in Stuttgart.
= Professor R. Schmid in Bern.
= = Schweickart in Königsberg.
= Appellationsgerichtsrath Stieglitz in Dresden.
= Professor Thöl in Göttingen.
= = Tönsen in Kiel.
= Appellationsgerichtsrath Treitschke in Dresden.
= Kanzler von Wächter in Tübingen.
= Hofrath, Professor Warnkönig in Freiburg.
= Professor Weiske in Leipzig.
= Oberlandesgerichtsrath Wigand in Wetzlar.
= Professor Witte in Halle.
= = von Woringen in Berlin.
= Oberjustizrath Zirkler in Tübingen.
= Professor Zöpfl in Heidelberg.

Inhalt

des

ersten Jahrgangs der

„Zeitschrift für deutsches Recht

und

deutsche Rechtswissenschaft."

II.

Die Trennung der Justiz und Administration aus dem Gesichtspunkte des deutschen Territorial-Staatsrechts.

Prolegomena. §. 19.

A. Ueber das Princip der Trennung von J. und A. überhaupt.

1) Praktische Bedeutung dieses Princips. §. 20.
2) Historische Grenze zwischen J. und A. §. 21.
3) Können der Begriff oder das Wesen und die Grenzen der vollziehenden Gewalt, insbesondere der richterlichen, als Grundlagen für Beantwortung der Frage: was ist J.- und was ist A.-Sache, dienen? §. 22.

B. Ueber die Durchführung des Princips der Trennung der J. und A. im positiven Rechte.

Was ist J.- und was ist A.-Sache nach allgemeinem Territorial-Staatsrechte?
1) Im Allgemeinen.
   a) Begriffsbestimmung von J.- und A.-Sache. §. 23.
   b) Die deutschen Staatsgesetze als Quellen für die Begriffsbestimmung von J.- und A.-Sache. §. 24.
2) Im Einzelnen. §. 25.

C. Verhältniß der Justizgewalt zu den übrigen Staatsgewalten.

1) Zur gesetzgebenden Gewalt.
   a) Im Allgemeinen. §. 26.
   b) Zur Repräsentativgewalt insbesondere. §. 27.
2) Zur oberaufsehenden Gewalt. Gemeindeverhältnisse, Stiftungen. §. 28.
3) Zu dem übrigen Inhalte der vollziehenden Gewalt.
   a) Im Allgemeinen. §. 29.
   b) Provisorien der Administration. §. 30.
   c) Verhältniß der Justizgewalt zur Strafgewalt. §. 31.
   d) Zur Amtsbesetzungsgewalt. Staatsdienerverhältniß. §. 32.
   e) Zur Polizeigewalt. §. 33.
   f) Zur Finanzgewalt. Regalien, Staatseigenthum, Verwaltung des Staatsvermögens. §. 34.
   g) Zur Militärgewalt. §. 35.
4) Zur Kirchenhoheit und Kirchengewalt. §. 36.

D. Von den positiven Aushülfen bei der Trennung der J. von der A.

1) Competenzconflicte. §. 37.
2) Administrativjustiz. §. 38.

E. Schlußbemerkung über das Verhältniß der Theorie des Verfassers zu den Particulargesetzgebungen. §. 39.

Poetischer Hausschatz
des deutschen Volkes.

Vollständigste Sammlung deutscher Gedichte

nach den Gattungen geordnet,

begleitet von einer Einleitung,

die Gesetze der Dichtkunst im Allgemeinen,

so wie der einzelnen Abtheilungen insbesondere enthaltend,

nebst einer kurzen Uebersicht

ihrer Bildungsgeschichte seit den frühesten Zeiten ihres Erscheinens in Deutschland bis auf unsere Tage

und biographischen Angaben über die Dichter, aus deren Werken Poesieen gewählt wurden.

Ein Buch für Schule und Haus.

Von

Dr. O. L. B. Wolff,

ordentl. öffentlichen Honorarprofessor der neueren Literatur an der Universität zu Jena, wirklichem, correspondirendem und Ehrenmitgliede mehrer gelehrten Gesellschaften u. s. w. u. s. w.

Zweite Auflage.

Gr. 8. Auf feinem Velinpapier; in Doppelcolonnen; über 2000 Colonnen stark und in Umschlag. Brosch. Pränumerationspreis 2 Thlr. Ladenpreis 2 Thlr. 16 Gr.
